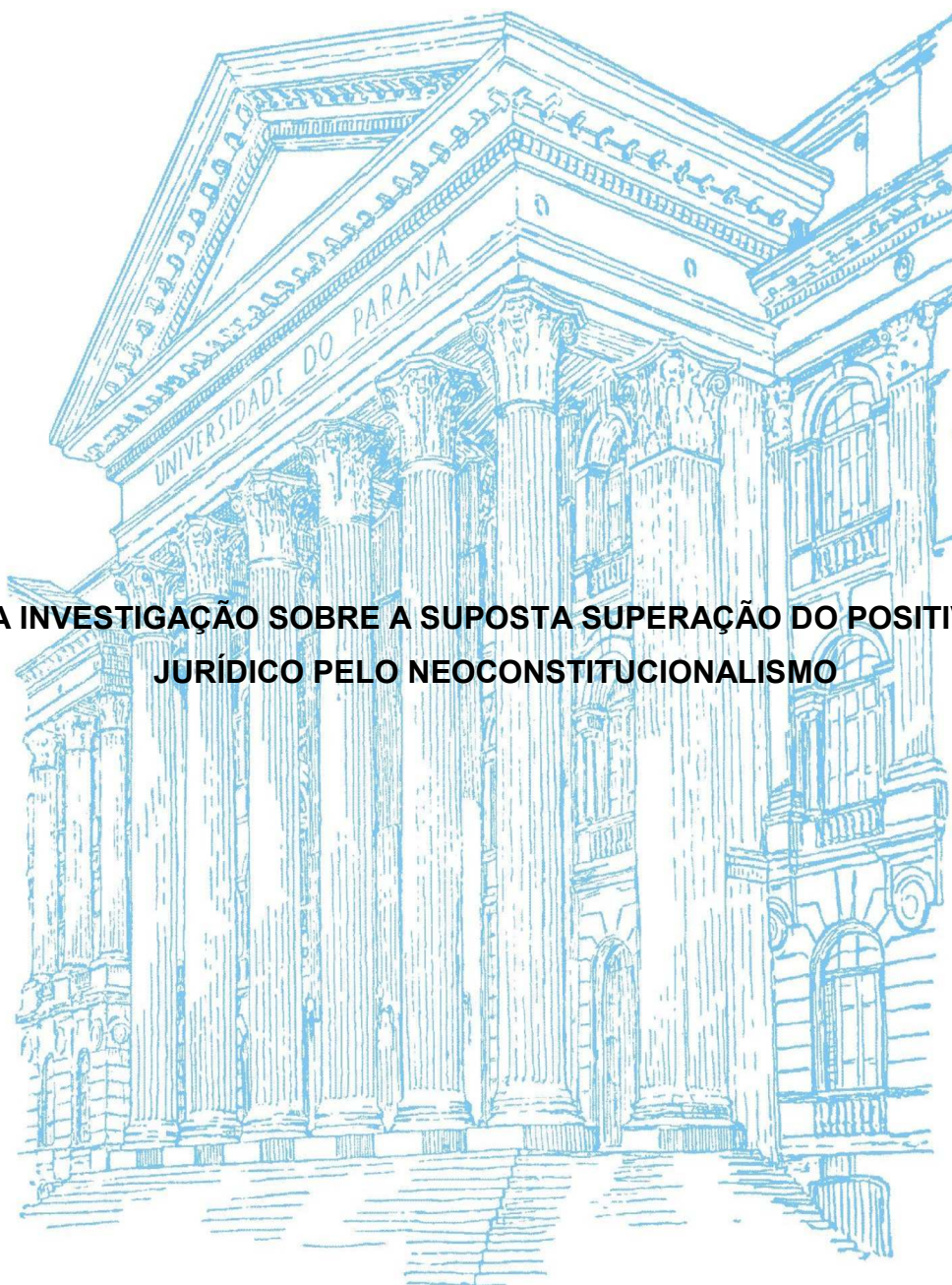


UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RENÊ CHIQUETTI RODRIGUES

**UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE A SUPOSTA SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO
JURÍDICO PELO NEOCONSTITUCIONALISMO**



CURITIBA
2017

RENÊ CHIQUETTI RODRIGUES

**UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE A SUPOSTA SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO
JURÍDICO PELO NEOCONSTITUCIONALISMO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena

CURITIBA
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

RENÊ CHIQUETTI RODRIGUES

UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE A SUPOSTA SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO PELO NEOCONSTITUCIONALISMO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena
Orientador – Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof. Dra. Natalina Stamile
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Dr. Juliano Souza de Albuquerque Maranhão
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
(via Skype)

Curitiba, 25 de abril de 2017.

PARECER

A Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pelo mestrando **Renê Chiquetti Rodrigues**, sob o título **“UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE A SUPOSTA SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO PELO NEOCONSTITUCIONALISMO”**, após arguir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-lo por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:

Cesar A. Serbena

Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena - 10,00 (dez inteiros)

Natalina Stamile

Prof.^a Dr.^a Natalina Stamile - 10,00 (dez inteiros)

Prof. Dr. Juliano Souza de Albuquerque Maranhão (Via Skype)- 10,00 (dez inteiros)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Mestre em Direito ao candidato Renê Chiquetti Rodrigues**.

A Comissão Julgadora, do mesmo modo, delibera recomendar ao Colegiado do Programa a dispensa de vinte e três créditos em favor do candidato por ocasião do Doutorado.

É o parecer.

Curitiba, 25 de abril de 2017.





Dedicado à

Deoclécia Vieira Rodrigues (*in memoriam*);

Marcos Paulo de Hércule;

Família Schwald Babboni (Trico, Vilma e Tathi).

AGRADECIMENTOS

É certo que a escrita é um trabalho solitário, mas este trabalho é o resultado da ajuda de muita, mas muita gente mesmo. Não é possível nomear todos aqueles que contribuíram de alguma maneira para que esta pesquisa pudesse ser realizada. Ainda assim, é necessário reconhecer expressamente alguns nomes.

Em primeiro lugar, agradeço profundamente ao prof. Dr. Cesar Antonio Serbena pela orientação desta pesquisa e pela calorosa acolhida em sua equipe de trabalho. Agradeço não apenas a liberdade concedida pelo professor na escolha e na delimitação do tema, mas principalmente seus vários conselhos, observações críticas (acadêmicas e existenciais) e pela confiança em minha capacidade para dar conta de empreendimento intelectual dessa envergadura. O professor Serbena entende que a investigação acadêmica exige séria preocupação com o rigor metodológico. Entretanto, também acredita que hoje em dia é praticamente impossível produzir conhecimento jurídico relevante sozinho, trancafiado numa torre. Assim, não apenas insiste reiteradamente na importância de nossas cotidianas reuniões em grupos de pesquisa – e na necessidade do diálogo franco e da crítica aberta nos encontros dos núcleos coordenados por ele – como também nos incentiva constantemente a participar de eventos acadêmicos relevantes, nacionais e internacionais, e a interagir com professores e jusfilósofos de renome internacional sempre que possível. O constante apoio e suporte do professor Serbena foi fundamental para a conclusão desta investigação.

Agradeço também aos membros da banca de avaliação deste estudo pelo tempo gasto na leitura e na reflexão que o texto demanda, bem como pelas considerações críticas e observações feitas no sentido de aprimorar a qualidade desta investigação. Assim sendo, sou grato à profa. Dra. Natalina Stamile pelo profícuo debate sobre o tema, feito tanto nos grupos de pesquisa coordenados pelo prof. Serbena quanto em nossos rotineiros cafés. A professora Stamile bondosamente nunca deixou de ouvir minhas objeções teóricas e sempre dialogou de forma aberta e receptiva comigo, tecendo pertinentes críticas ao meu entendimento dos problemas jusfilosóficos e recomendando inúmeros livros e estudos científicos sobre as questões investigadas. Também sou grato ao Professor Dr. Juliano de Souza Albuquerque Maranhão, não apenas pela honrosa presença na composição da banca e na avaliação crítica deste estudo mas, principalmente, por ter formulado o *inclusivismo lógico* e por pacientemente tirar tempo para responder minhas dúvidas e mensagens sobre esta sofisticada perspectiva teórica do direito.

Aos excelentes professores do programa, Dr. Luís Fernando Lopes Pereira, então Coordenador do PPGD-UFRP, Dr. Abili L. Castro de Lima, Dr. Sergio Said Staut Júnior, e Dr. Ricardo Marcelo Fonseca, hoje nosso Magnífico Reitor, tanto pelas valiosas lições dadas em sala de aula quanto pelo atencioso e paciente diálogo fora dela. Também agradeço imensamente ao professor Clayton de Albuquerque Maranhão, não apenas pela confiança e constante incentivo, mas especialmente por franquear-me raras obras de teoria do direito de sua biblioteca particular.

Aos estimados professores de minha graduação em Direito na Universidade Estadual de Londrina, Dr. Cesar Bessa, Dr. Márcio Barboza Zeneri e Dr. João Luiz Martins Esteves, hoje meus queridos amigos e interlocutores: Muito obrigado pelos ensinamentos, conselhos, debates, críticas e constante incentivo.

A todos os membros do Escritório de Advocacia *Amaral & Associados*. Em especial, ao respeitável professor de Processo Penal da Universidade Estadual de Londrina, prof. Antonio José Mattos do Amaral que, de modo incrivelmente altruísta, fez tudo o que pôde para que eu

pudesse cursar o sonhado Mestrado em Direito na Universidade Federal Paraná, aceitando minha completa desvinculação de seu escritório durante o período de pesquisa e, mesmo assim, colocando-me à disposição toda a infra-estrutura e recursos disponíveis para o bom desenvolvimento desta investigação. A solidão das leituras acadêmicas no tórrido calor londrinense era, sempre que possível, quebrada pelo riso provocado pelo Valdir nas rotineiras conversas do almoço e pelo inconfundível e necessário cafezinho da tarde, feito com carinho pela Verinha. Obrigado, meu caro Diego Prezzi Santos, por aturar há mais de quatro anos meus papos chatos de filosofia do direito, esforçando-se para fingir que são assuntos da mais alta relevância jurídica e em debatê-los constantemente comigo, apontando meus eventuais deslizes. Esta dissertação é tão sua quanto minha, meu irmão. Obrigado prof. Benedicto de Souza Mello Neto, prof. Pedro Faraco Neto, Valdir e Verinha Boing, Kátia Campagnucci, Mariana Amaral, Leonardo Abbondanza, José Manoel do Amaral, José Romeu do Amaral Filho e Izabel Alabarces. Vocês são a família que escolhi para mim.

Ao meu grande amigo e brilhante pesquisador Maurício Timm do Valle, em quem procuro me espelhar na vida acadêmica. Obrigado por tudo, em especial, por insistir comigo para que eu cursasse o mestrado no PPGD-UFPR.

Aos amigos-irmãos que Curitiba (e Goiás) me deram: Gustavo Vieira Vilar Garcia, o Senador, Matheus (Vasconcelos), o homem de deus, e Cesar Bolzani, o neurótico. As noites e madrugadas de terça-feira, o dia sagrado, no não menos sacro solo do apto 404, ficarão eternizadas em minha memória como parte dos momentos mais felizes de minha vida. Agradeço pela overdose de música, ideias e amizade que Vossas Excelências me proporcionaram. Se o mestrado me foi leve, isto se deve em grande parte à constante convivência, companheirismo e amizade dos senhores. Por extensão, agradeço aos ilustres amigos que eram presença constante no 404: Paulo Sobrinho, Bruno Dornelas, (que chegaram a ser moradores do apartamento), Bruno Cortez, Sandro Pacífico, Benhur Batista e Daniel Szymanek. Deixo a cada um de Vossas Excelências um forte abraço.

Ao nobre amigo Judá Leão Lobo, um dos mais sérios pesquisadores que conheci no PPGD-UFPR e alguém que não mediu esforços no trabalho em prol da elevação da qualidade científica da *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Obrigado pela profícua interlocução e por toda a ajuda (imerecida) que meu deu.

As minhas companheiras do *grupo de pesquisa interdisciplinar em Justiça Eletrônica e do núcleo de pesquisa em Fundamentos do Direito*: Natalina Stamile, Edna T. Felício Câmara, Paula Pessoa Pereira, Priscila da Silva Barboza, Melanie Merlin, Nayara Sepulcri de Camargo Pinto, pela convivência animada e instigante. Também aos companheiros de pesquisa Bruno Periolo Odahara, Fernando Andreoni Vasconcellos, Thiago Gagliano Pinto Alberto, Dennis José Almanza Torres, Matheus Falk e Carlos Renato Cunha. Trabalhar com vocês é compartilhar um ambiente de seriedade acadêmica temperado pela leveza da descontração.

Aos meus caros amigos de Londrina (e região), que nunca deixam meu copo ficar sem cerveja gelada: Guilherme Fonseca e Flávia Raiza, Alexandre Amaral, Fernando Soares, Matheus Camacho, Whander I. Marques e Raquel Viotto, Alexandre Cruz, Caio A. Toledo e Michelle Gonsales, Lucas Peixoto, André Sicuro Scremim e Priscila Romero Dalarosa, Bruno R. Dalólio e Ketlin Wiggers (e agora também a pequena Helena), Renan Dalólio, Bruno Merotti, Sérgio Piccolo Bórnea, Yuri Piccolo Bórnea, Heloisa Moreira, João Paulo Rosiscka e Graziela Martins, Felipe F. Fittipaldi e Bárbara G. Fittipaldi.

Ao meu bom e velho amigo-irmão David Guarniery, a única pessoa que conheço que gosta tanto de filosofia quanto eu. Obrigado pelos memoráveis debates durante todos esses anos, meu caro (e lá se vão dez anos de conversa!...). Obrigado por me receber em Londrina quando eu mais precisei.

Aos muitos colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR: Luiz Henrique Krassuski Fortes, Leandro Assunção, Luasses G. dos Santos, Frank Romualdo Reche Maciel, Paulo Sérgio Ribeiro Sobrinho, Dhyego Câmara (desde a UEL), Galanni Dorado de Oliveira, Rafael Julião, Vanessa Massuchetto, Liliam Ferraresi Brighente, Luize Stoeterau Navarro, Andressa Bissoloti (e Alice Dandara), Naiara Bittencourt, Letícia Kreuz, Alessandra Prezepiorski Lemos, Fernanda Fujiwara, Thiago Hansen, Maurício Azevedo de Araújo, Nicolai Olchanowski, Emerson Luís Dal Pozzo, Ricardo Siqueira de Carvalho, André Arendt Ramos, João Victor Ruiz Martins, Guilherme Bonato, Ricardo Alexandre da Silva, Guilherme Milkevicz, Ramon Ouais, Júlio Aveiro, William Pugliese, Diego Serpa, Guilherme Milkevicz, Thiago Valiati, Renato Almeida Freitas Jr, Raul Belúcio, José Arthur Castillo de Macedo, Jordão Violin, Nestor Castilho Gomes, Tatiana Lauand de Paula Lorenci, Karolyne Mendes Moreira, Tracy Reinaldet, Josiane Caldas, Leonardo Costa de Paula, Aulus Graça, Guilherme Brenner Luchesi, Gabrielle Stricker do Valle, Danielle Wobeto de Araujo, Marco Berberi... e tantos outros colegas que minha fraca memória não consegue dar conta no momento. Foi um prazer poder estudar ao lado de vocês, o que certamente me exigiu um incomum empenho e um enorme desgaste de energia mental para conseguir manter o elevado nível de estudos estabelecido pelo corpo discente do PPGD-UFPR.

Ao nobre amigo Jorge A. Andrade, por revisar o texto de modo crítico – apontando-me onde eu poderia ter sido mais claro – e por compartilharmos juntos as dificuldades de escrever uma dissertação de mestrado, incentivando-nos um ao outro a não desistir, mesmo quando parecia não haver luz no fim do túnel.

Ao amigo Fernando Afonso, por cuidar da administração do apartamento, deixando-me livre de afazeres bucráticos para me dedicar exclusivamente à redação deste estudo.

A minha irmã Raquel Chiquetti Rodrigues, por ter me dado o Pedro, o sobrinho mais risonho do mundo e por compreender minha ausência nos últimos meses.

Ao casal Emerson Luiz Fortunato e Elaine Cristina. Não sei o que seria de minha pesquisa se não fosse o trabalho de vocês.

A equipe de administração do PPGD-UFPR, Ana Maria Cristofolini, Mauro Eduardo Soares de Oliveira, Luiz Antonio Guimarães de Rezende, Márcio Eduardo Zuba, Eduardo Leo Baran, Rogeria Bernardo de Oliveira, pelo excelente serviço prestado e, em especial, a Vanessa Sayuri Umehara, por sempre me ajudar a dar conta dos infindáveis trâmites burocráticos institucionais.

Ao professor catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante, prof. Dr. Manuel Atienza e aos organizadores do *I Congreso de Filosofía del Derecho Para el Mundo Latino*, pela concessão da bolsa de estudos que me possibilitou estar presente no respectivo evento em Alicante e poder debater algumas das ideias contidas neste trabalho com alguns dos maiores jusfilósofos de nosso tempo.

Ao programa *CNJ Acadêmico* pelo financiamento do meu primeiro ano de estudos (junto ao grupo de pesquisa *interdisciplinar em Justiça Eletrônica* da UFPR) e a CAPES pela concessão da bolsa que custeou meu segundo ano de pesquisa.

Muito obrigado!

*Com meu escrito não pretendo
poupar aos outros o pensar. Porém,
se for possível, incitar alguém aos
próprios pensamentos.*

Prefácio das **Investigações
Filosóficas** de Ludwig Wittgenstein.

RESUMO

Nos últimos trinta anos, constata-se a consolidação de um discurso teórico-constitucional no âmbito jurídico brasileiro que afirma a superação do positivismo jurídico como teoria do direito em razão da constitucionalização do fenômeno jurídico após II Guerra Mundial. Assim, o problema a ser investigado no presente estudo é o seguinte: “o positivismo jurídico encontra-se superado como teoria do direito no âmbito das democracias constitucionais contemporâneas?”. A tese sustentada pelo discurso neoconstitucionalista afirma que a resposta a esta pergunta é afirmativa. Do ponto de vista metodológico, o presente trabalho elege a tese neoconstitucionalista como proposição lógica central e a submete a testes críticos no intuito de averiguar se ela pode ser tomada como verdadeira ou se, ao contrário, deve ser tida como falsa. A hipótese assumida é a de que tal proposição deve ser considerada falsa, ou seja, de que as críticas feitas ao positivismo jurídico pelos neoconstitucionalistas não conduzem necessariamente à sua rejeição como teoria descritiva do funcionamento do fenômeno jurídico tal como ele se apresenta atualmente nas democracias constitucionais. Ao final, constata-se a falsidade da proposição que enuncia a tese neoconstitucionalista e a veracidade da hipótese assumida, verificando-se a atualidade da perspectiva juspositivista como empreendimento epistemológico capaz de fornecer uma descrição adequada do fenômeno jurídico tal como ele se apresenta nos Estados Constitucionais.

Palavras-Chave: teoria do direito; neoconstitucionalismo; positivismo jurídico; pós-positivismo; direito constitucional.

ABSTRACT

In the last thirty years, there has been a consolidation of a theoretical-constitutional discourse in the Brazilian legal system that affirms the overcoming of legal positivism as a theory of law due to the constitutionalisation of the juridical phenomenon after the II World War. Thus, the problem to be investigated in the present study is: "is legal positivism overtaken as a theory of law in the context of contemporary constitutional democracies?" The thesis supported by the neoconstitutionalist discourse affirms that the answer to this question is affirmative. From a methodological point of view, the present work chooses the neo-constitutionalist thesis as a central logical proposition and submits it to critical tests in order to ascertain if it can be taken as true or if, on the contrary, it should be considered as false. The hypothesis is that such a proposition should be considered false, that the criticisms made against legal positivism by neo-constitutionalists do not necessarily lead to its rejection as a descriptive theory of the functioning of the juridical phenomenon as it presently occurs in constitutional democracies. In the end, it was verified the falsity of the proposition that enunciates the neoconstitutionalist thesis and the veracity of the assumed hypothesis, being verified the actuality of the positivist perspective as epistemological enterprise able to provide an adequate description of the legal phenomenon as it presents itself in Constitutional States.

Key-words: Jurisprudence; Neo-constitutionalism; Legal positivism; Post-positivism; Constitutional law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 NEOCONSTITUCIONALISMO: O DISCURSO DE SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO	15
1.1 PAULO BONAVIDES E O SURGIMENTO DA NOÇÃO DE “PÓS-POSITIVISMO” NO BRASIL	17
1.2 LUÍS ROBERTO BARROSO E A CONSOLIDAÇÃO DO DISCURSO NEOCONSTITUCIONALISTA NO BRASIL	28
1.3 O SENTIDO DO NEOCONSTITUCIONALISMO: POR UMA DELIMITAÇÃO CONCEITUAL MAIS PRECISA	49
3 O POSITIVISMO JURÍDICO NA CONTEMPORANEIDADE: O QUE É ISSO AFINAL?	66
3.1 UMA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: CONSIDERAÇÕES ETIMOLÓGICAS SOBRE A ORIGEM DO “POSITIVISMO JURÍDICO”	69
3.2 “POSITIVISMO JURÍDICO EPISTEMOLÓGICO” E “POSITIVISMO JURÍDICO IDEOLÓGICO”: UMA CRÍTICA À CONCEPÇÃO UNITÁRIA DE NORBERTO BOBBIO	91
3.3 O CONTEÚDO MÍNIMO DO POSITIVISMO JURÍDICO EPISTEMOLÓGICO	100
3.4 DESENVOLVIMENTO, CRISE E RESILIÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO EPISTEMOLÓGICO (NEO)ANALÍTICO	117
4 DEIXEMOS PARA TRÁS O POSITIVISMO JURÍDICO? UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS PELO DISCURSO NEOCONSTITUCIONALISTA	126
4.1 O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO JUSMORALISMO E A TESE DA SEPARABILIDADE	128
4.2 O SENTIDO DO “PÓS-POSITIVISMO”: POR UMA NECESSÁRIA CLARIFICAÇÃO CONCEITUAL	132
4.3 SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO: UMA QUESTÃO PARADIGMÁTICA?	146
4.4 NEOCONSTITUCIONALISMO À <i>BRASILEIRA</i> : UMA SÉRIE DE RECEPÇÕES EQUIVOCADAS	158
4.5 NEOCONSTITUCIONALISMO À <i>BRASILEIRA</i> E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: UM RELATO TEÓRICO QUESTIONÁVEL	165
4.6 O JUSPOSITIVISMO E OS VALORES JURÍDICOS: A DEFESA DE UM DIREITO NEUTRO?	171
4.7 O POSITIVISMO JURÍDICO E O DIREITO ESTATAL: UMA REJEIÇÃO TEÓRICA DO PLURALISMO JURÍDICO?	178
4.8 O POSITIVISMO JURÍDICO E A INTERPRETAÇÃO MECÂNICA OU LÓGICO-DEDUTIVA	182
4.9 O POSITIVISMO JURÍDICO E A LEGITIMAÇÃO DO TOTALITARISMO: HÁ UM DEVER MORAL DE OBEDIÊNCIA INCONDICIONAL AO DIREITO?	188
4.10 POSITIVISMO JURÍDICO E CETICISMO MORAL	197
4.11 O POSITIVISMO JURÍDICO E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	204
4.12 O POSITIVISMO JURÍDICO EPISTEMOLÓGICO NO ESTADO CONSTITUCIONAL	215
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	219
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	228

1 INTRODUÇÃO

O debate acerca da natureza do direito [...] é, no fundo, uma discussão no terreno da filosofia da linguagem e da metafísica.

Ronald M. Dworkin

O ensinamento dos grandes homens tem com frequência uma simplicidade e uma naturalidade que faz o que é difícil parecer fácil de apreender.

Georg. H. von Wright

No decorrer dos últimos trinta anos, tornou-se comum na área jurídica brasileira a aceitação – tanto no âmbito doutrinário quanto no âmbito jurisprudencial – de um discurso que afirma a superação do positivismo jurídico como teoria do direito, afirmando-se a incapacidade do juspositivismo para compreender e explicar adequadamente o fenômeno jurídico atual. Este discurso não apenas envolve como também se fundamenta em grande medida no uso de novas expressões teóricas, tais como “constitucionalização do direito”, “neoconstitucionalismo”, “pós-positivismo”, dentre outras. De modo sintético, sustenta-se que após a paulatina constitucionalização do direito ocidental após a II Guerra Mundial, o positivismo jurídico teria falhado tanto de um ponto de vista político quanto de um ponto de vista metodológico, sendo incapaz de fornecer um retrato apropriado do fenômeno jurídico nas democracias constitucionais, o que nos levaria à constatação da superação definitiva da perspectiva juspositivista em face do neoconstitucionalismo.

Diante desse cenário, a presente investigação tem como tema central a questão da atualidade do positivismo jurídico. O foco da pesquisa consiste na abordagem do tema tal como ele é apresentado pela doutrina nacional de Direito Constitucional e pela Teoria do Direito brasileira. Todavia, a temática objeto de análise desta investigação não constitui um assunto restrito ao debate jurídico nacional, tendo em vista que o assunto tem sido vivamente disputado no âmbito da literatura jurídica internacional em teoria do direito. Trata-se de examinar a *questão da superação do positivismo jurídico no âmbito das democracias constitucionais contemporâneas*. Sinteticamente, o problema a ser investigado no presente estudo pode ser apresentado do seguinte modo: “o *positivismo jurídico encontra-se superado como*

teoria do direito no âmbito das democracias constitucionais contemporâneas?” De modo mais extensivo, podemos indagar: é realmente necessário desenvolver uma abordagem teórica diferente do positivismo jurídico para dar conta do funcionamento do fenômeno jurídico tal como ele se apresenta atualmente nas democracias constitucionais?

A tese sustentada pelo discurso neoconstitucionalista pode ser enunciada de forma afirmativa do seguinte modo: “*sim, o positivismo jurídico encontra-se superado como teoria do direito no âmbito das democracias constitucionais contemporâneas*”. Assim sendo, a presente investigação tem por objetivo verificar a veracidade ou a falsidade desta proposição. Isso será feito por meio de reconstruções argumentativas e análises conceituais. Do ponto de vista metodológico, serão analisadas críticas feitas ao positivismo jurídico a fim de verificar a procedência ou validade da acusação neoconstitucionalista. É possível afirmar que o trabalho elege a tese neoconstitucionalista como proposição lógica central e a submete a testes críticos – argumentos contrários –, no intuito averiguar se ela pode ser tomada como verdadeira ou se, ao contrário, deve ser tida como falsa. A hipótese assumida neste estudo é a de que tal proposição deve ser considerada falsa, ou seja, de que as críticas feitas ao positivismo jurídico pelos neoconstitucionalistas não conduzem, necessariamente, à sua rejeição como teoria descritiva do funcionamento do fenômeno jurídico tal como ele se apresenta atualmente nas democracias constitucionais.

Para analisarmos a veracidade/falsidade da tese neoconstitucionalista de superação do juspotivismo, dividimos a presente investigação em três partes ou capítulos. O primeiro capítulo consiste numa uma análise metateórica do discurso neoconstitucionalista que sustenta a superação do positivismo jurídico como teoria do direito, visando compreender os motivos alegados para se afirmar tal obsolescência. Para isso, realizaremos uma reconstrução analítica dos argumentos desenvolvidos por dois dos maiores representantes deste discurso na literatura jurídica brasileira: os constitucionalistas brasileiros Paulo Bonavides e Luís Roberto Barroso. Como ambos contribuíram significativamente para a consolidação desse discurso teórico no âmbito nacional, procuramos compreender o sentido que tais autores atribuem aos termos *Neoconstitucionalismo* e *Pós-positivismo*. Entretanto, para verificar se a tese neoconstitucionalista da superação do positivismo jurídico pode ser tomada como verdadeira, teremos de analisar o que é realmente o positivismo jurídico. O segundo capítulo investiga justamente a seguinte questão: o que é o positivismo jurídico

contemporâneo? Por fim, no terceiro capítulo analisaremos de modo honesto e desapassionado as principais críticas feitas pelos neoconstitucionalistas ao positivismo jurídico, intentando verificar se é razoável concluir pela veracidade da seguinte proposição: *“sim, o positivismo jurídico encontra-se superado como teoria do direito no âmbito das democracias constitucionais contemporâneas”*.

De modo genérico, o presente estudo pode ser encarado como sendo uma investigação conceitual situada no campo da teoria analítica do direito acerca dos possíveis sentidos de três expressões básicas: “neoconstitucionalismo”, “pós-positivismo” e “positivismo jurídico”. Com inspiração nas palavras de Von Wright, transcritas em epígrafe, nosso intuito foi o de escrever um texto simples e claro, na medida do possível, ainda que o problema investigado envolva um tema polêmico e possua um elevado grau de complexidade teórica.

Por fim, é importante assinalar que este trabalho de investigação filosófica envolveu uma quantidade significativa de análise e apontamentos a obras estrangeiras. Assim sendo, a menos que haja expressamente indicação em sentido contrário, todas as traduções foram feitas de modo livre pelo autor e são de sua exclusiva responsabilidade.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO: O DISCURSO DE SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

A história da filosofia e de todas as fases da reflexão humana é, em grande medida, uma história da confusão de ideias. [...] O registro adequado até mesmo das confusões de nossos antepassados pode ajudar não apenas a esclarecer essas confusões mas a suscitar uma dúvida salutar quanto a sermos totalmente imunes a confusões diferentes porém igualmente consideráveis.

Arthur O. Lovejoy.

O advento de uma nova Constituição e o aperfeiçoamento teórico da doutrina constitucional brasileira no decorrer das últimas três décadas ocasionou uma significativa mudança na compreensão do ordenamento jurídico como um todo. Em grande medida, isto se deu pelo desenvolvimento de um discurso teórico voltado para a efetivação de direitos fundamentais sociais – positivados na então recente Constituição de 1988 – pelo Poder Judiciário. Tal discurso doutrinário terminou por introduzir uma série de expressões que alteraram não apenas a compreensão geral do direito positivo como também implicou em questionamentos profundos na área da própria Teoria do Direito. Dentre as expressões que entraram para o vocabulário jurídico nacional em razão do estabelecimento desse discurso e produziram tal efeito, certamente podemos apontar os termos *Neoconstitucionalismo* e *Pós-positivismo*, que guardam estreita relação entre si.

Esse discurso teórico empreendido com grande esforço e persistência, em especial pelos constitucionalistas brasileiros, recebeu grande adesão por parte significativa da doutrina jurídica nacional de várias áreas distintas e da jurisprudência pátria, tendo sido acolhido mesmo por muitos magistrados dos Tribunais Superiores – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.¹ Apesar de tal discurso

¹ Apenas a título exemplificativo, apontamos dois julgados do Superior Tribunal de Justiça: (a) o primeiro afirma ser necessário “uma releitura da Constituição a partir de uma visão material (teoria material da Constituição) desapegada ao rigor formal do positivismo jurídico kelseniano e associada às novas tendências do neoconstitucionalismo”. (STJ, **Ag 1414348**, Relator: Min. Castro Meira, Segunda Turma, publicado em 25/08/2011); (b) o segundo afirma que “o estágio atual da ciência jurídica vive a era do pós-positivismo, o que Norberto Bobbio denominava estado principiológico ou sistema jurídico de princípios na acepção moderna de Robert Alexy e Edward (sic) Dworkin”. (STJ, **EDcl no REsp 541.239/DF**, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/03/2008, DJe 31/03/2008).

possuir um complexo emaranhado de teses e envolver várias teorias de autores distintos, pertencentes a contextos não menos peculiares, é possível apontar uma delas como sendo a premissa de toda sua estrutura teórica: a rejeição do positivismo jurídico como teoria do direito.

Diante da vasta quantidade de textos doutrinários produzidos nos últimos trinta anos, tais como manuais, cursos, artigos, dissertações, teses, etc. que adotam tal discurso como referencial teórico, torna-se praticamente impossível realizar uma reconstrução analítica dos argumentos empreendidos pela doutrina nacional que seja capaz de sistematizar completamente e de modo unitário o que os muitos autores brasileiros entendem com o uso dos termos *Neoconstitucionalismo* e *Pós-positivismo*. Todavia, pode ser esclarecedor realizar um recorte teórico para se analisar a compreensão ao menos de dois autores específicos de Direito Constitucional que, em razão da grande influência de suas obras, podem ser apontados como os principais responsáveis pela consolidação dessa nova mentalidade jurídica: Paulo Bonavides (1925-) e Luís Roberto Barroso (1958-).

Desse modo, antes de adentrarmos propriamente em considerações acerca da origem dos termos *Neoconstitucionalismo* e *Pós-positivismo* e no esclarecimento do sentido que tais expressões assumem no contexto internacional, o presente capítulo realizará inicialmente uma reconstrução analítica e expositiva dos argumentos desenvolvidos por estes autores em seus principais estudos sobre o tema com o intuito de compreender o que eles querem dizer com o uso de tais expressões. A intenção é desenvolver uma análise metateórica de um discurso teórico-constitucional que sustenta a superação do positivismo jurídico como teoria do direito e compreender os motivos para se afirmar tal obsolescência, iniciando-se pela respectiva compreensão do que seja o positivismo jurídico para tais autores e, subsequentemente, o que se pretende dizer com o uso das expressões *Pós-positivismo* e *Neoconstitucionalismo*. Ao final, será feita uma incursão na doutrina internacional – em especial, na esfera da jusfilosofia italiana – visando compreender tanto o surgimento histórico do termo *Neoconstitucionalismo* e o seu sentido inicial, quanto a possibilidade de se realizar uma definição estipulativa que ressignifique a expressão com o objetivo de torná-la menos vaga e problemática.²

²Conforme Riccardo Guastini, existem dois tipos de definições: “As definições informativas, as quais descrevem como é usada a expressão definida efetivamente por alguém. Um típico exemplo seriam as definições lexicográficas contidas em um dicionário de uma língua, as quais descrevem de que maneira é usada comumente uma palavra por aqueles que falam a língua em questão. ii) As definições

1.1 PAULO BONAVIDES E O SURGIMENTO DA NOÇÃO DE “PÓS-POSITIVISMO” NO BRASIL

O professor Paulo Bonavides, indubitavelmente, pode ser apontado como um dos maiores constitucionalistas da história do Brasil. No que pese sua extensa bibliografia temática, sua obra *Curso de Direito Constitucional*³ deve ser especialmente assinalada, por ter lançado as bases originárias para a construção do pensamento jurídico-constitucional atualmente predominante no cenário brasileiro. Apesar de Bonavides não se valer do termo “Neoconstitucionalismo” – o autor fala de um “velho Direito Constitucional da separação de poderes” em contraposição a um “novo Direito Constitucional dos direitos fundamentais” –, observamos nesta obra específica o início do uso da expressão “pós-positivismo” no Brasil – noção fundamental para se compreender o que será posteriormente entendido por Neoconstitucionalismo. Vejamos qual é o sentido atribuído pelo autor para expressão “pós-positivismo” no respectivo livro.

Bonavides não nos fornece em sua obra uma definição explícita do que deve ser entendido por pós-positivismo, mas usa o termo geralmente como adjetivo para qualificar o pensamento de certos autores que comporiam um movimento de rejeição metodológica ao positivismo jurídico, enfatizando a importância dos valores no direito e elaborando “uma metodologia que fez da hermenêutica o capítulo mais importante do novo Direito Constitucional”.⁴ Para o autor, o pós-positivismo está ligado a um “retorno dos valores” ao direito por meio do reconhecimento da “normatividade dos

estipulativas, as quais a) propõem usar um termo ou sintagma preexistente de um modo novo, ou b) sugerem usar um termo ou sintagma preexistente de uma forma mais precisa a respeito do uso comum, ou bem c) estabelecem como usar um termo ou sintagma de nova criação. Em particular, as definições que propõem usar uma expressão já em uso de uma maneira mais precisa a respeito do uso comum se chamam ‘redefinições’. Em relação às definições é importante entender duas coisas. A primeira é que as definições informativas podem ser verdadeiras ou falsas (dependendo de se descrevem veridicamente, ou não, o uso linguístico efetivo). As definições estipulativas, ao contrário, não são nem verdadeiras nem falsas. A segunda é que as definições não versam sobre coisas senão sobre palavras: não descrevem objeto senão que modelam conceitos. A definição de ‘democracia’ – para dar um exemplo qualquer – não transmite informação sobre a forma de Estado democrático senão que se refere exclusivamente ao vocábulo ‘democracia’, determinando seu significado (ou conceito se se preferir)”. (GUASTINI, Riccardo. [2014] **La Sintaxis del Derecho**. Trad. Álvaro Nuñez Vaquero. Madrid: Marcial Pons, 2016. p.21).

³A obra *Curso de Direito Constitucional* foi lançada em 1993 (São Paulo: Malheiros) como 4ª edição por ser o aprimoramento de uma obra anterior intitulada *Direito Constitucional*, inicialmente publicada em 1980 (Rio de Janeiro: Forense; 2ª ed. em 1986; 3ª ed. em 1988). A adoção da obra como manual de estudo acadêmico e sua influência no pensamento jurídico-constitucional brasileiro são inquestionáveis. No decorrer do presente estudo foi usada a seguinte versão do livro: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁴BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 592.

princípios” constitucionais, o que pode ocorrer apenas por meio da adoção de uma “teoria material de constituição”. Entretanto, antes de analisar o sentido que o autor atribui a tal expressão, vejamos primeiramente como o constitucionalista caracteriza o positivismo jurídico. O juspositivismo é sempre adjetivado pelo autor – não sem um tom pejorativo – com propriedades tais como “legalista”, “ortodoxo”, “estadualista”, “lógico-formal”, “formal”, “abstrato”, “silogístico”, “jurídico-estatal de feição formalista”. Segundo Bonavides, o positivismo jurídico seria uma doutrina que, ao sustentar uma teoria formal de Constituição, consagra “a onipotência legalista do Estado, bem perto, assim, de produzir, pela indiferença aos valores, a versão de um neo-absolutismo fadado a corroer e sacrificar, por via de consequência, as bases de sua própria legitimação”.⁵

O juspositivismo sustentaria um sistema constitucional axiomático-dedutivo. Na explicação do constitucionalista, o método axiomático-dedutivo “busca alcançar o mais efetivo grau possível de objetividade e certeza da norma, como regra pura e abstrata” e apresenta uma ‘professada neutralidade axiológica, estando até certo ponto volvido para um absoluto desprezo de fins’.⁶ O grau máximo de desenvolvimento de tal metodologia “ocorre no positivismo formal da Escola de Viena, nomeadamente na Teoria Pura do Direito de Kelsen, que é o ponto extremo a que pode chegar o sistema axiomático-dedutivo”.⁷

Para Bonavides, o positivismo jurídico é uma doutrina que sustenta uma teoria formalista do direito (que o compreende como um mero conjunto de regras abstratas), que defende uma teoria formal da Constituição (rejeição ou exclusão de valores contidos nos textos jurídicos), que adota o método axiomático-dedutivo como procedimento analítico e que promove uma teoria da interpretação silogística em que o intérprete judicial é visto como um neutro declarador do direito que não desempenha qualquer função criativa. A transcrição do pensamento de Bonavides feita abaixo é longa, porém necessária em razão do caráter explicativo de sua compreensão teórica:

O positivismo formal concebe a Constituição normativa como sistema unitário, completo, absoluto, sem contradições ou incongruências, em que o intérprete na aplicação do Direito procede por via silogística, em bases racionais e lógicas, mediante uma subsunção que afasta de todo aquela necessidade de uma busca de premissas materiais ou de

⁵BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.23.

⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit.p.133.

⁷BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.133. Cf. KELSEN, Hans. [1934] **Teoría Pura del Derecho**. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica. Primera edición de 1934. Madrid: Trotta, 2011.

conteúdo, derivadas da Constituição mesma, bem como dispensa toda apreciação dos fins e valores, sendo sua mais alta virtude metodológica eliminar qualquer influência do intérprete sobre o resultado da interpretação.

A teoria interpretativa decorrente dessa forma abstrata de sistema se apóia sobre o método objetivo, ao mesmo passo que anula por inteiro a função decisória do intérprete, do juiz ou do jurista, que alguns impropriamente chamam criativa.

A vontade que o intérprete deduz do sistema para fazê-la eficaz numa determinada relação jurídica é a vontade originariamente posta pelo legislador, mas que, transferida à norma em caráter definitivo, se converte doravante na “*ratio* formalizada”, isto é, em algo comparável à criatura cuja vida já não depende de seu criador, e por isso segue autônoma e indiferente o respectivo curso.

Ao intérprete, pois, quando aplica o Direito, cabe tão-somente inferir do sistema normativo os critérios de interpretação que o legislador forneceu, os quais, caso venham a mostrar-se insuficientes, não devem ser perquiridos na vontade do legislador, senão naquela normatividade mesma que este engendrou.

Sendo a lei o instrumento central do sistema, segundo a concepção puramente abstrata, o juiz, quer se trate de legislação ordinária, quer de legislação constitucional, há de exteriorizar sempre sua objetividade interpretativa, rejeitando os pressupostos extralegais e ficando de todo adstrito ao rigor da disposição normativa, no sentido clássico, e tradicionalmente civilístico, da “boca que profere a palavra da lei” ou que, no ato interpretativo da Constituição, longe de criar um novo direito, se cinge tão-somente a anunciar “aquilo que o constituinte já havia decidido”.

O problema das lacunas, insolúvel, segundo alguns juristas, por meio de uma concepção abstrata de sistema, tem sido apresentado como o obstáculo mais difícil de remover por quantos se inspiram unicamente nos métodos de todo formais da tradição positivista de Laband e Kelsen.

Com efeito, desde que o positivismo formal nega a lacunosidade do ordenamento jurídico, todos os problemas que não encontrarem uma solução lógica contida no sistema são comodamente afastados como pseudoproblemas, acarretando assim, sobretudo na esfera constitucional, um alheamento da realidade, um verdadeiro abismo de contradições entre o rigor dedutivista da Constituição formal e as exigências vitais e inarredáveis da Constituição real, num quadro tanto mais dramático quanto mais limitadas são as possibilidades deixadas ao intérprete constitucional, a quem falta o recurso às evasivas civilistas, que têm consentido, sem quebra da metodologia de subsunção, considerar as lacunas jurídicas uma exceção e buscar-lhe o preenchimento sucessivamente na analogia, nos valores e fins pretendidos pelo legislador, nas representações valorativas da comunidade, e, como se tudo isso ainda não bastasse, até mesmo em considerações emanadas de valorações meramente pessoais ou subjetivas.⁸

No âmbito do Direito Constitucional, a doutrina juspositivista apresentaria as seguintes características, conforme o autor:

⁸BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. pp. 133-135.

Um dos traços marcantes do positivismo jurídico-estatal, de feição formalista, esboçado por Laband, aperfeiçoado por Jellinek e conduzido às últimas consequências por Kelsen, como observou um jurista contemporâneo, é abreviar as reflexões sobre a Constituição para reconduzi-la a uma classificação legalista, fixada unicamente sobre seu exame e emprego como lei técnica de organização do poder e exteriorização formal de direito. Daqui deriva metodologicamente uma espécie de construtivismo positivista, de cunho neutral e apolítico. Esse positivismo confere um poder ilimitado ao legislador para dispor sobre o Direito, amparado na crença fácil de que a sociedade, ou melhor, a realidade do Estado constitucional, se deixa reger todo por regras ou normas jurídicas. [...] As Constituições por excelência do positivismo foram as Constituições do constitucionalismo e da idade liberal do século XIX. [...] Ao perder a capacidade de fazer mudança, as Constituições liberais, ultrapassadas pelas transformações, se atrasaram com os fatos e com a realidade, convertendo-se em objeto de um formalismo esvaziante, que assinalou toda a metodologia constitucional do positivismo. [...] O positivista como intérprete da Constituição, é um conservador por excelência. Quem muda a Constituição é o legislador, ou seja, o constituinte, e não o intérprete. A aplicação do direito é operação lógica de subsunção, e não ato criador ou sequer aperfeiçoador. Aplicar o direito e criar o direito, dizem eles, são duas funções totalmente distintas ou, como afirma, Burckhardt, se acham em “antagonismo conceitual absoluto”.⁹

O formalismo da doutrina juspositivista seria responsável por esvaziar de sentido e conteúdo o sistema constitucional, resultando no fracasso dos “kelsenianos do Direito Constitucional” – formalistas neutros “incapazes de interpretar o sentido da norma constitucional e descobrir a contemporaneidade da Constituição”.¹⁰ O positivismo jurídico teria se asilado, “primeiro, no formalismo, para depois esvaziar-se como lógica, teoria do conhecimento ou simples metodologia, fazendo-o perder-se em uma esterilidade doutrinária”.¹¹ No entendimento do autor, ao fazer dos “princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, [o juspositivismo] tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”.¹² Para Bonavides (2004), os princípios jurídicos são vistos pelo positivismo jurídico como um mero recurso de integração de lacunas dos códigos jusprivatísticos, como “fontes de mero teor supletório” que ocupam uma hierarquia

⁹BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.171-173, *passim*. Para compreender o pensamento dos juspublicistas alemães mencionados por Bonavides, conferir: SOSA WAGNER, Francisco. **Maestros Alemanes del Derecho Público**. T. 1, Madrid: Marcial Pons, 2002; SOSA WAGNER, Francisco. **Maestros Alemanes del Derecho Público**. T. 2, Madrid: Marcial Pons, 2004.

¹⁰BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.137.

¹¹BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.124.

¹²BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p. 263.

infra-legal. O juspositivismo, segundo o entendimento do constitucionalista, teria falhado em reconhecer a normatividade dos princípios constitucionais.

Além da alegada incapacidade de interpretação da Constituição e do não reconhecimento dos princípios constitucionais, Bonavides acusa o “formalismo de Kelsen” de fazer “coincidir em termos absolutos os conceitos de legalidade e legitimidade, tornando, assim, tacitamente legítima toda espécie de ordenamento estatal ou jurídico”, resultando no “colapso do Estado de Direito clássico”.¹³ Isto, pois, como afirma o constitucionalista, mesmo o Estado nacional-socialista de Hitler poderia ser considerado um Estado de Direito segundo os cânones lógicos da teoria pura kelseniana.¹⁴ Segundo Bonavides, nessa perspectiva, “a juridicidade pura se transforma em ajuridiciade total” e por isso ‘nada mais seria preciso acrescentar para mostrar o ponto inadmissível que pôde chegar o positivismo jurídico’.¹⁵ A “injustiça legislada” como símbolo “do positivismo jurídico de nosso século, haja vista o período nacional-socialista,”¹⁶ demonstraria a crise dessa forma de pensamento e teria marcado a decadência desse modo de se compreender o direito.

Tal perspectiva teria feito com que alguns constitucionalistas se voltassem “para a necessidade de um novo sistema, compatível com aqueles valores materiais que pedem uma interpretação ‘justa’ da norma constitucional”.¹⁷ Com isso, teria caído “o prestígio dos sistemas normativos abstratos respeitantes à ordem constitucional”¹⁸ em prol de “uma nova posição teórica cristalizada ao redor do chamado sistema constitucional axiológico-teleológico, em substituição, portanto, do malogrado sistema axiomático-dedutivo”.¹⁹ O que o autor qualifica como “pós-positivismo” é justamente esse movimento de rejeição metodológica ao positivismo jurídico atrelado à afirmação da importância desempenhada pelos valores no Direito Constitucional através do reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais.

Nesse sentido, após terem percorrido uma fase metafísica (jusnaturalista) e uma fase meramente integrativa do ordenamento jurídico (juspositivista), o constitucionalista afirma que os princípios jurídicos agora se encontram em uma

¹³BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.175.

¹⁴BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.175.

¹⁵BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.175.

¹⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.124.

¹⁷BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.135.

¹⁸BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.135.

¹⁹BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.135.

terceira fase, tendo sido elevados à categoria de princípios constitucionais.²⁰ Essa terceira fase é denominada por Bonavides de pós-positivismo e “corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX”, momento em que as “novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.²¹ Os princípios jurídicos que antes se encontravam na penumbra jusprivatística dos Códigos “como elementos supletivos e subsidiários, úteis tão-somente ao preenchimento de lacunas legais”²² sofrem uma ‘revolução conceitual’ que ‘os coloca no vértice da pirâmide jurídica, transformando-os, doravante, em ponto culminante da hierarquia normativa’.²³ O velho Direito Constitucional era centrado na organização do Estado Liberal e na separação dos poderes, já o novo Direito Constitucional seria norteado pelos “direitos fundamentais e [pel]as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado Social”, operando, assim, uma passagem “do positivismo formal em decadência ao pós-positivismo material em ascensão”.²⁴

Para Bonavides, a construção doutrinária da “normatividade dos princípios provém, em grande parte, do empenho da Filosofia e da Teoria Geral do Direito em buscarem um campo neutro onde se possa superar a antinomia clássica Direito Natural/Direito Positivo”.²⁵ Essa “constitucionalização dos princípios, em termos de normatividade, funda o Estado *principalista*”.²⁶

Nas palavras de Bonavides:

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard.

²⁰BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. pp.259-266.

²¹BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.264.

²²BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.24.

²³BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.24.

²⁴BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.584.

²⁵BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.276.

²⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.23. Sobre a ideia de Estado *principalista*, Bonavides afirma: “Fonte conciliadora e removedora de discrepâncias que embargavam o reconhecimento teórico da positividade dos princípios, essa teoria, sobre constitucionalizar tais princípios- e os melhores textos constitucionais contemporâneos já os têm constitucionalizado com a energia de sua inserção formal - instaura, em definitivo, queremos crer, um Estado principalista. [...] Em verdade, os cognominados princípios gerais de Direito residem na Constituição, explícitos ou implícitos. Mas isto desde que a Constituição seja a de um Estado principalista, fundado na positividade dos valores da justiça, da razão, da liberdade, da igualdade e da democracia, com os quais os princípios mesmos da ordem jurídica fundamental se identificam, graças a uma versão contemporânea mais refinada e aperfeiçoada de Estado de Direito. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.23, 24).

Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios.²⁷

O que Bonavides denomina de “pós-positivismo” está relacionado a um retorno dos valores ao direito por meio do reconhecimento da “normatividade dos princípios” constitucionais, o que poderia ocorrer apenas por meio da adoção de um “conceito material de constituição”.²⁸ O termo é utilizado tanto para se referir a um *conjunto de teorias* quanto para denotar um *período histórico* (v.g. “idade do pós-positivismo”; “época do pós-positivismo”; “faixa histórica do pós-positivismo”, etc). Esse reconhecimento da normatividade dos princípios no âmbito doutrinário teria se iniciado de modo tímido²⁹ com Emilio Betti³⁰ e Joseph Esser,³¹ encontrando seu momento de sofisticação na reviravolta antipositivista de Ronald Dworkin.³² Para o autor, os maiores representantes desse pós-positivismo juspublicista no âmbito doutrinário seriam Ronald Dworkin, Friedrich Müller e Robert Alexy.³³

²⁷BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.265.

²⁸BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. No entender de Bonavides: “A teoria material da Constituição se acha irresistivelmente vocacionada a executar e aplicar na época do pós-positivismo os valores igualitários da Justiça, sem os quais a Sociedade se desloca do centro de gravitação de sua legitimidade para a esfera das incompreensões e ambigüidades ocasionadas por uma doutrina exageradamente formalista, que durante largo tempo dominou quase todas as esferas do Direito. [...] Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna – separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social.” Ainda: “Precisamente por ignorar essa dimensão dos direitos fundamentais que hoje são a alma das Constituições, e não operar com os conceitos de pré-compreensão e concretização, é que o Direito Constitucional durante sua fase positivista mais acentuada, se irmanou ao Estado e ao Direito Administrativo e, de último, adotando aqueles conceitos na idade do pós-positivismo, se irmana mais à Sociedade e à Ciência Política”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. pp.23, 584,590, *passim*).

²⁹BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p. 266.

³⁰Cf. BETTI, Emilio.[1949] **Interpretazione Della Legge e Degli Atti Giuridici**. 2ª ed. ed. rev. e ampl. Milano: A. Giuffrè, 1971; BETTI, Emilio. [1955] **Teoria Generale dell'Interpretazione**. Vols. I e II. Milano: Giuffrè, 1990;

³¹ Cf. ESSER, Josef. [1956] **Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

³²DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

³³BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. Ainda: “Com efeito, ambos já se colocam na faixa histórica do pós-positivismo, cujas teses mais fecundas e representativas encabeçam verdadeiramente; Müller, com o normativismo de sua teoria estruturante do Direito, intentando ultrapassar pelas vias conceituais de uma concepção material o formalismo normativista de Kelsen; Dworkin, com a conexidade Direito e Moral buscando abalar e desterrar da Ciência Jurídica o positivismo de Hart. Assim como Müller, na Alemanha, rompe com a tradição de Kelsen, Jellinek, Laband e Gerber, já Dworkin, no mundo anglo-americano, levanta a cátedra de Harvard contra a de Oxford, onde até então a filosofia jurídica de Hart conservava intangível a inspiração positivista de Bentham e Austin.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.276). Cf. MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**. Berlin: Duncker und Humblot, 1971; ALEXY, Robert. **Theorie Der Juristischen Argumentation**, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978.

Trata-se de um conjunto de “tendências axiológicas de compreensão do fenômeno constitucional cada vez mais atado à consideração dos valores e à fundamentação do ordenamento jurídico”, conjugando a lei e o direito em bases axiológicas, “ao contrário do que costumavam fazer os clássicos do positivismo, preconceitualmente adversos à juridicidade dos princípios” e, por isso, “abraçados, por inteiro, a uma perspectiva lastimavelmente empobrecedora da teoria sobre a normatividade do Direito.”³⁴ Essa reviravolta no âmbito doutrinário teria tornado anacrônico o debate sobre o confronto “princípio *versus* norma” dado que os princípios passam a ser reconhecidos como espécies do gênero norma, ao lado das regras: “são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema”.³⁵ Para Bonavides, a “teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, se converteu no coração das Constituições”, afirmando ainda que os “princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo”³⁶ sendo graças a eles “que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”.³⁷

Bonavides afirma que Ronald Dworkin opera uma ‘reviravolta antipositivista num momento culminante para o advento do pós-positivismo’.³⁸ O constitucionalista explana a teoria do jusfilósofo estadunidense a partir da obra *Taking Rights Seriously* (1977)³⁹ do modo descrito a seguir. Segundo compreende Bonavides, para se tratar os princípios como direito, seria mister rejeitar três dogmas da doutrina juspositivista: i) o primeiro seria “o da distinção entre o Direito de uma comunidade e os demais

³⁴BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.266.

³⁵BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.276. Os princípios constitucionais, segundo Bonavides, não são outra coisa “em seu fundamento teórico, senão os princípios gerais de Direito restituídos à sua dimensão intrínseca de valores superiores proclamados pela melhor doutrina; aquela que o positivismo legalista clássico jamais reconheceu, por preferir outorgar aos princípios, na codificação dos sistemas jurídicos, positividade meramente subsidiária (*post-legem* ou *post-consuetudinem*), não havendo, assim, lugar para eles fora da seqüência auxiliar das fontes jurídicas especificadas e convocadas ao preenchimento das lacunas da lei”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p. 25).

³⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.288.

³⁷BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.288. “Os princípios têm, desse modo, contribuído soberanamente para a formação de uma terceira posição doutrinária verdadeiramente propedêutica a uma teoria dos princípios, que intenta estorvar no campo constitucional as ressurreições jusnaturalistas e, ao mesmo passo, suprimir o acanhamento, a estreiteza e as insuficiências do positivismo legal ou estadualista, deixando à retaguarda velhas correntes do pensamento jurídico, impotentes para dilucidar a positividade do Direito em todas as suas dimensões de valor e em todos os seus graus de eficácia.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit.p.285).

³⁸BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.265.

³⁹DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

padrões sociais (*social standards*) aferidos por algum *test* na forma de regra suprema (*master rule*)”⁴⁰; ii) o segundo dogma juspositivista a ser rejeitado seria o da “discrecionabilidade do juiz”; iii) por fim, o terceiro dogma consistiria na teoria juspositivista da obrigação jurídica, segundo o qual só existe uma obrigação legal quando uma regra jurídica impõe claramente tal obrigação, sendo que em um caso complicado (*hard case*), ou seja, naqueles “em que tal lei não se possa achar, inexistiria a obrigação legal, até que o juiz formulasse nova regra para o futuro”.⁴¹ A partir dessa crítica e rejeição ao juspositivismo – em especial à versão desenvolvida por H.L.A Hart em *The Concept of Law* (1961)⁴² –, Dworkin parte “para a necessidade de tratar-se os princípios como direito [...] reconhecendo a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal”.⁴³

Outro autor muito enfatizado por Bonavides é Robert Alexy. Segundo o constitucionalista, o jusfilósofo alemão, ao “estudar uma teoria material dos direitos fundamentais em bases normativas” teria instituído “a distinção entre regras e princípios, que, na essência, é a mesma de Dworkin”.⁴⁴ Isto, pois, tanto “as regras como os princípios são também são normas, escreve ele, porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição”.⁴⁵ Os “princípios assim como as regras constituem igualmente fundamentos para juízos concretos de dever embora sejam fundamentos de espécie mui diferente”.⁴⁶ Ambos seriam espécies do gênero “norma”, porém, “os critérios propostos à distinção ora estabelecida são inumeráveis”.⁴⁷ O mais frequente seria o da generalidade⁴⁸ que, de acordo com Alexy, consistiria na afirmação de que “os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as

⁴⁰BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p. 265.

⁴¹BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p. 265.

⁴²HART, H. L. A..**The Concept of Law**. 2ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

⁴³BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p. 265.

⁴⁴BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.277.

⁴⁵BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.277.

⁴⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.277.

⁴⁷BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.277.

⁴⁸Segundo o constitucionalista: “Os demais critérios distintivos aparecem a seguir enunciados: da ‘determinabilidade dos casos de aplicação’ (Esser), o da origem, o da diferenciação entre normas ‘criadas’ (*geschaffene*) e normas ‘medradas’ ou ‘crescidas’ (*gewachsene Normen*), referido por Schuman e Eckhoff, o da explicitação do teor de valoração (Canaris), o da relação com a idéia de Direito (Larenz) ou com a lei suprema do Direito (*Bezug zu einem obersten Rechtsgesetz*), segundo H. J. Wolff, e, finalmente, o da importância que têm para a ordem jurídica (entre outros, Peczenik e Ziembinski).” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.278).

regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade”.⁴⁹ Segundo o constitucionalista, Alexy julga correto o entendimento de que “entre os princípios e as regras não impera tão somente uma distinção de *grau*, mas de *qualidade* também. Unicamente essa tese consente fazer uma distinção estrita entre as normas”.⁵⁰ Isto resultaria na compreensão de que os princípios constituem *mandamentos de otimização*, normas “cuja principal característica consiste em poderem ser cumpridas em distinto grau e onde a medida imposta de execução não depende apenas de possibilidades fáticas, senão também jurídicas” enquanto as regras “podem sempre ser cumpridas ou não, e quando uma regra vale, então se há de fazer exatamente o que ela exige ou determina. Nem mais, nem menos”.⁵¹

Para o constitucionalista, o pós-positivismo implica uma Nova Hermenêutica que destacaria a importância da distinção entre *interpretar* e *concretizar* normas jurídicas:

Verificamos, então, o seguinte: há na Constituição normas que se interpretam e normas que se concretizam. A distinção é relevante desde o aparecimento da Nova Hermenêutica, que introduziu o conceito novo de *concretização*, peculiar à interpretação de boa parte da Constituição, nomeadamente dos direitos fundamentais e das cláusulas abstratas e genéricas do texto constitucional. Neste são usuais preceitos normativos vazados em fórmulas amplas, vagas e maleáveis, cuja aplicação requer do intérprete uma certa diligência criativa, complementar e aditiva para lograr a completude e fazer a integração da norma na esfera da eficácia e juridicidade do próprio ordenamento. Na Velha Hermenêutica, regida por um positivismo lógico-formal, há subsunção; em a Nova Hermenêutica, inspirada por uma teoria material de valores, o que há é concretização; ali, a norma legal, aqui, a norma constitucional; uma interpretada, a outra concretizada.⁵²

⁴⁹BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p. Nesse sentido: “Alexy exemplifica. E o faz tomando a norma segundo a qual toda pessoa desfruta da liberdade de crença, como norma com um grau relativo de alta generalidade, ao passo que a norma sobre o direito que todo preso possui de fazer proselitismo em favor de suas crenças junto outros presos seria ilustração das normas de reduzido grau de generalidade. Portanto, é possível segundo se lhe afigura, classificar as normas de acordo com o seu grau de generalidade, sendo umas princípios, enquanto outras são regras”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p. 277).

⁵⁰BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.278.

⁵¹BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.279. Assim sendo: “como as regras contém, desse modo, *estipulações* no espaço fático e jurídico do possível, isto significa, segundo ele, que, então, existe aí, entre as regras e os princípios, distinção qualitativa, e não de grau, e que toda norma é regra ou princípio”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.279).

⁵²BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.591.

A “velha hermenêutica” corresponderia aos métodos interpretativos clássicos ou tradicionais, expostos por Savigny,⁵³ a saber: aos elementos gramatical, lógico, sistemático e histórico que, ao menos no entendimento de Bonavides, “são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação, e por isso mesmo impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais”.⁵⁴ Os direitos fundamentais “se impregnam de peculiaridades que lhes conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e emprego gerou a Nova Hermenêutica”⁵⁵ em “contraposição, portanto, com o rígido formalismo da velha escola positivista, vinculada à doutrina de Gerber, Laband, Anschuetz, Jellinek e Kelsen”.⁵⁶

Em suma, a noção de pós-positivismo em Bonavides significa tanto uma época (período, intervalo temporal) quanto um conjunto de teorias “de raízes manifestamente axiológicas” – antagonistas à escola juspositivista – que ‘elabora uma metodologia que faz da hermenêutica o capítulo mais importante do novo Direito Constitucional’,⁵⁷ cujos precursores teriam sido Max Scheler e Nicolai Hartmann, na Filosofia, e Erich Kaufmann, Günter Holstein e Rudolf Smend no Direito.⁵⁸ De tal modo, “em réplica aos excessos do positivismo jurídico formal e também à unilateralidade de um sociologismo sem limites”, essa metodologia pós-positivista “busca a superação do pensamento abstrato” entendido como “projeção da realidade no plano de um sistema apriorístico de conceitos rígidos”.⁵⁹

⁵³Os elementos de interpretação são desenvolvidos pelo jurista alemão em: SAVIGNY, Friedrich Karl von.[1840–1849] **Sistema del Derecho Romano Actual**. Tomo I. Madrid: Gongora y Compañia Eds, 1878. pp. 149-151.

⁵⁴BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.592.

⁵⁵BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.592.

⁵⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p. 608. “No dorso de antíteses tais como Estado e Sociedade, lei e Constituição, legalidade e legitimidade, legalismo e constitucionalismo, subsunção e concretização, norma unidimensional – que é a norma-texto – e norma pluridimensional, nos termos da concepção genial e estruturante de Friedrich Müller, a saber, norma-texto, norma-programa, norma-âmbito, norma-direito e norma-decisão, é que se percebe com toda a evidência a linha de separação no Direito Constitucional contemporâneo do pós-positivismo material, em ascensão, ao positivismo formal em decadência.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.591).

⁵⁷BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p. 592.

⁵⁸ Cf. STOLLEIS, Michael. “In the Belly of the Beast: constitutional legal theory (Staatsrechtlehre) under National Socialism” In: STOLLEIS, Michael. [1994] **The Law under the Swastika: studies on legal history in Nazi Germany**. Trad. Thomas Dunlap. London: The University of Chicago Press, 1998. pp. 90-92.

⁵⁹BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p. 181. “É aí que entram em cortejo triunfal as direções metodológicas de modernização do Direito Constitucional, abrindo espaço ao advento da tópica, da teoria material da Constituição, do pós-positivismo, e de todos os movimentos renovadores, empenhados doravante em fazer a lei suprema girar ao redor dos direitos fundamentais num grau em que é mais importante garantir direitos do que simplesmente enunciá-los mediante textos formais”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de...**Op.cit. p.20).

1.2 LUÍS ROBERTO BARROSO E A CONSOLIDAÇÃO DO DISCURSO NEOCONSTITUCIONALISTA NO BRASIL

Se podemos observar em Paulo Bonavides o lançamento dos fundamentos teóricos de um novo discurso doutrinário-constitucional que sustenta a superação do positivismo jurídico – em especial, com a introdução do vocábulo *pós-positivismo* no contexto nacional da Teoria do Direito –, é principalmente por meio dos estudos de Luís Roberto Barroso que esse discurso se desenvolverá e se consolidará no Brasil.⁶⁰

Apesar de ter ficado especialmente popular em razão de suas sustentações orais em casos polêmicos e de grande repercussão no Supremo Tribunal Federal,⁶¹ Luís Roberto Barroso contribuiu significativamente para o desenvolvimento da doutrina constitucionalista brasileira de várias maneiras. Em que pese seus livros *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas* (1990),⁶² *Interpretação e Aplicação da Constituição* (1996),⁶³ e *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro* (2004)⁶⁴ terem sido muito bem recepcionados no âmbito acadêmico, é possível afirmar que suas maiores contribuições para a formação de um discurso teórico pós-positivista no Brasil são provenientes de seus vários ensaios – profusamente reproduzidos como artigos em periódicos científicos ou como capítulos de livro em obras coletivas –, amplamente citados em julgados e em trabalhos acadêmicos no decorrer das últimas duas décadas. Dois desses importantes estudos encontram-se publicados como capítulos integrantes do livro organizado pelo próprio Barroso, *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas* (2003): (i) “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito

⁶⁰Luís Roberto Barroso é um dos mais influentes constitucionalistas do Brasil, sendo professor titular de Direito Constitucional da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) desde 1995. É Ministro do Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil (STF) desde 26 de junho de 2013.

⁶¹Tal como no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 12 (nepotismo); da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510 (pesquisa com células-tronco embrionárias); da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 (atipicidade da interrupção da gestação de fetos anencefálicos); e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 134 (união estável homoafetiva).

⁶²BARROSO, Luís Roberto. [1990] **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. A obra é a tese de Livre-docência apresentada 1987 na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) intitulada: *A força normativa da Constituição: elementos para a efetividade das normas constitucionais*.

⁶³BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁶⁴BARROSO, Luís Roberto. [2004] **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2012.

constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”⁶⁵; e (ii) “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”.⁶⁶ Outro ensaio muito influente no âmbito doutrinário nacional é intitulado “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)” (2005).⁶⁷ O constitucionalista sistematizou seus estudos em uma obra que constitui a síntese mais recente de suas reflexões: *Curso de Direito Constitucional Brasileiro* (2009).⁶⁸ A partir de tais estudos tentaremos compreender o sentido atribuído pelo autor às expressões *neoconstitucionalismo* e *pós-positivismo*.⁶⁹

Antes de averiguar o sentido que Barroso dá a tais termos, no entanto, cabe indagar: o que o autor entende por positivismo jurídico? Em seus primeiros estudos, Barroso destacava que, assim como a *teoria crítica* do direito, no Brasil “o movimento do *direito alternativo* também condena[va] o *fetice* da lei e a mistificação liberal-positivista que estabelece uma identificação entre direito e lei”.⁷⁰ Não apenas isso, mas tal concepção teórica [v.g. o *direito alternativo*] “rompe com a idéia clássica da

⁶⁵BARROSO, Luís Roberto. [2001] “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp.1-48.

⁶⁶BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. [2003] “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp.327-378.

⁶⁷BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Abr/Jun. 2005. pp. 1-42. Apenas para exemplificar a repercussão dos ensaios de Barroso, o texto “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito” foi publicado em dez revistas jurídicas entre 2005 e 2007, além de outras publicações em obras coletivas e sites da internet. (informações colhidas no *Catálogo Coletivo* digital da *Biblioteca do Senado* em 17.01.2017. Link: <http://migre.me/VTgc7>). Segundo a ferramenta digital de pesquisa *Google Scholar* (<https://scholar.google.com/>), tal estudo já foi citado 899 vezes em publicações acadêmicas. (consulta feita em 18.01.2017). Por fim, tal texto foi publicado como livro autônomo em castelhano, no México: BARROSO, Luís Roberto. **El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho**. Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

⁶⁸BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. Seus principais ensaios foram reunidos na obra: BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁶⁹Como em sua obra *Curso de Direito Constitucional* (2009) Luís Roberto Barroso se vale do verbete “pós-positivismo” do *Dicionário de Filosofia do Direito* (2009) para aperfeiçoar sua concepção, inclusive citando expressamente trecho do verbete em uma nota de rodapé, neste tópico serão feitas algumas notas com transcrições do verbete quando for apropriado para esclarecer o pensamento de Barroso. (Ver DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. “Pós-positivismo”. In: BARRETO, Vicente de Paula (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. pp. 650-653).

⁷⁰BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.p.250,251.

estatalidade do direito”.⁷¹ Afirmando a existência de “*direitos alternativos* que se formam como fruto da deterioração social e da ausência do poder público trazendo o direito oficial”. Esses *direitos alternativos* seriam aqueles efetivamente vivenciados – por exemplo – “nos presídios, em porões de algumas delegacias de polícia, em determinadas zonas comandadas por traficantes”, e etc.⁷² Assim, é interessante notar que Barroso (1996), ao menos em seus estudos iniciais, refere-se pejorativamente ao positivismo jurídico sempre como “liberal-positivismo”, “doutrina liberal-normativista”, “discurso liberal-positivista”, “mistificação liberal-positivista” e assim por diante. Essa doutrina não seria apenas uma teoria epistemológica, mas estaria também vinculada a uma determinada *posição política* (liberalismo) e seria equivocada por: (a) promover o *fetice* da lei (b) produzir uma mistificação que estabelece a identificação entre direito e lei; (c) sustentar a existência do direito como fenômeno unicamente estatal.

A compreensão do que Barroso entende sobre o que seja o positivismo jurídico – doutrina que o autor escolhe como alvo de suas críticas – pode ser apreendida na citação abaixo:

O conhecimento jurídico tradicional, que se abebera nas fontes romanas e tem como pontos culminantes a produção científica de Savigny, no século passado, e de Hans Kelsen, neste século, exhibe como traços marcantes o formalismo e o dogmatismo. O elemento básico na idéia de formalismo é a premissa de que a atividade do intérprete se desenvolve por via de um processo dedutivo, onde se colhe a norma no ordenamento e faz-se a subsunção dos fatos relevantes. Esse processo lógico-formal se concretiza através de um raciocínio silogístico, onde a lei é a premissa maior, a relação de fato é a premissa menor e a conclusão é a regra concreta que vai reger o caso. O dogmatismo, ou conceptualismo, traduz-se na existência e observância de determinados princípios e conceitos rígidos, axiomáticos, ou, pelo menos, de longa data inquestionados.

O direito é concebido como uma *ciência*, com objeto específico e acentuado grau de auto-suficiência. Rigorosamente separado da política, não se inclui na sua esfera própria de atuação qualquer questionamento acerca da legitimidade e da justiça das leis. É a sua pureza científica. Ademais, o ordenamento jurídico é uma emanção estatal e tem a pretensão de completude, colhendo todas as situações verificáveis na vida social. O Estado é o árbitro imparcial dos conflitos que ocorrem na sociedade, e o juiz, como aplicador do direito, se pauta pela objetividade e neutralidade. Correndo o risco das simplificações, mas com proveito didático, é possível afirmar que, na concepção clássica, amadurecida desde o final do século passado, incluem-se entre as principais características do direito: a) o caráter científico; b)

⁷¹BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação**...Op.cit. p.251.

⁷²BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação**...Op.cit. p.251.

o emprego da lógica formal; c) a pretensão de completude; d) a *pureza* científica; e) a neutralidade da lei e do intérprete.⁷³

O positivismo jurídico aparece, portanto, como doutrina que sustenta a ideia de “neutralidade do Estado, das leis e de seus intérpretes”.⁷⁴ Ao focar um “processo puramente descritivo do objeto”, a doutrina liberal-positivista teria deixado de lado a importância do “papel desempenhado pela ideologia, tanto a do legislador quanto a do intérprete da lei”, bem como a importância do papel militante do operador jurídico na transformação social do direito.⁷⁵ Segundo Barroso, “[e]sse silêncio nada mais é do que um compromisso com o *status quo*”.⁷⁶ Assim, “é falsa a crença de que o direito seja um domínio politicamente neutro e cientificamente puro”, pois, o “direito é ideológico na medida em que oculta o sentido das relações estruturais estabelecidas entre os sujeitos, com a finalidade de reproduzir os mecanismos de hegemonia social”.⁷⁷ Além disso, “o direito não tem a objetividade proclamada pelo raciocínio lógico-formal de subsunção dos fatos à norma”.⁷⁸

De tal modo, a crítica inicial ao positivismo jurídico (ao menos em seus primeiros textos) pode ser sintetizada do seguinte modo: (i) rejeição ao *caráter*

⁷³BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação**...Op.cit. p.245. 246.

⁷⁴BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação**...Op.cit. p.257.

⁷⁵BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação**...Op.cit. p.247. “O conhecimento jurídico tradicional, que teve seus pontos culminantes na produção científica de Savigny, no século passado, e de Hans Kelsen, neste século, inclui na sua prática ou no seu discurso: a) o caráter científico; b) o emprego da lógica formal; c) a pretensão de completude; d) a *pureza* científica; e) a neutralidade da lei e do intérprete. Seus traços marcantes são o formalismo e o dogmatismo. [...] Esse saber jurídico convencional sofreu a contestação contundente da teoria crítica do direito, que denunciou a função ideológica das concepções clássicas contidas no discurso liberal-positivista e o fato de que, em nome de uma pretensa razão científica, encobrem-se relações de poder. O direito é ideológico na medida em que oculta o sentido das relações estruturais estabelecidas entre os sujeitos, com a finalidade de reproduzir os mecanismos de hegemonia social. A teoria crítica prega a interdisciplinariedade e uma perspectiva globalizadora do direito, embora seu discurso *seja desconstrutivista*, sem oferecimento de uma dogmática alternativa”. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação**...Op.cit. p.267, 268).

⁷⁶BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação**...Op.cit. p.268.

⁷⁷BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação**...Op.cit. p.247.

⁷⁸BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação**...Op.cit. p.248. “A objetividade é um valor altamente desejável na razão científica. Nas ciências sociais e, especialmente, no direito, ela enfrenta dificuldades de ordens diversas. Nada obstante, a impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível. O texto da lei e as possibilidades exegéticas que ela oferece traçam os parâmetros dentro dos quais poderá mover-se o intérprete. A lei e o princípio da legalidade são valiosas conquistas da humanidade. [...] A pretensão de neutralidade do intérprete, embora seja passível de atendimento no que toca à sua imparcialidade e impessoalidade, é inatingível na sua plenitude. Interpretar envolve, freqüentemente, a escolha de valores e de alternativas possíveis. Ainda quando não atue movido por interesses de classe ou estamentais, ainda quando não milite em favor do próprio interesse, o juiz estará sempre promovendo as suas crenças, a sua visão do mundo, o seu senso de justiça. A doutrina liberal-normativista procura identificar como neutras as atitudes que não afetam o *status quo*, (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação**...Op.cit. p.268)

científico do direito, “por faltar-lhe a pretendida objetividade que decorreria de uma irreal aplicação mecânica da norma ao fato, com base em princípios e conceitos generalizadamente válidos”;⁷⁹ (ii) rejeição da alegada *neutralidade política* do direito, em razão de sua “função ideológica de reforçador e reproduzidor das relações sociais estabelecidas”⁸⁰; (iii) rejeição da *pureza científica* do direito, “ao preconizar a interdisciplinariedade como instrumental indispensável à formação do saber jurídico”.⁸¹ Essa primeira crítica de Barroso a uma alegada visão supostamente defendida pelo positivismo jurídico é grandemente influenciada por autores da *teoria crítica do direito* e do *direito alternativo*.

Em seu *Curso de Direito Constitucional*, Barroso apresenta uma visão mais detalhada do que seria o juspositivismo, ainda que apenas levemente diferente do que havia escrito anteriormente. O positivismo jurídico seria uma espécie do gênero *positivismo filosófico*. Para o constitucionalista, o positivismo filosófico consiste numa idealização do conhecimento científico, “uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana”.⁸² Segundo o próprio autor, o termo poderia ser utilizado em *sentido amplo* e em *sentido estrito*: a) em sentido *amplo*, “designa a crença ambiciosa na ciência e nos seus métodos”;⁸³ b) em *sentido estrito* “identifica o pensamento de Auguste Comte, que em seu *Curso de filosofia positiva* (seis volumes escritos entre 1830 e 1842), desenvolveu a denominada *lei dos três estados*”.⁸⁴ As teses fundamentais do positivismo filosófico seriam as seguintes: (i) “a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração”⁸⁵; (ii) “o conhecimento científico é objetivo; funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos”⁸⁶; (iii) “o método científico empregado nas ciências naturais, baseado

⁷⁹BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação*...Op.cit. p.249.

⁸⁰BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação*...Op.cit. p.249.

⁸¹BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação*...Op.cit. p.249.

⁸²BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p.239.

⁸³BARROSO, Luís Roberto. *Curso de*...Op.Cit. p.239, nota de rodapé.

⁸⁴*Curso* p. 239, nota de rodapé. Cf. COMTE, Auguste [1829-1842] *Cours de Philosophie Positive*. 5. ed. 6 vols. Paris: Schleicher, 1907-1908.

⁸⁵BARROSO, Luís Roberto. *Curso de*...Op.Cit. p.239.

⁸⁶BARROSO, Luís Roberto. *Curso de*...Op.Cit. p. 239.

na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos de conhecimento, inclusive às ciências sociais”.⁸⁷

Diante disso, o juspositivismo seria a doutrina jusfilosófica que aplicaria os fundamentos do positivismo filosófico no mundo do Direito pretendendo criar uma *ciência* jurídica com características análogas às ciências exatas e naturais:

O positivismo jurídico aplica os fundamentos do positivismo filosófico no mundo do Direito, na pretensão de criar uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.⁸⁸

Barroso reconhece que o positivismo jurídico “comportou algumas variações” e afirma que “no mundo romano-germânico teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen”.⁸⁹ Mesmo assumindo o risco de simplificações redutoras, afirma ser possível “apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico”.⁹⁰ Nesse intento, o constitucionalista elenca quatro características que seriam essenciais ao juspositivismo: (i) “a aproximação quase plena entre Direito e norma” [agora Barroso usa o termo “norma” ao invés de “lei”]⁹¹; (ii) “a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado”⁹²; (iii) “a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas que não possam ser supridas a partir de elementos do próprio sistema”⁹³; (iv) o formalismo (tanto o conceitual, como interpretativo), ou seja, a afirmação de que “a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão”.⁹⁴

⁸⁷BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p. 239.

⁸⁸BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.240.

⁸⁹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.240. Cf. Kelsen, Hans. [1934] **Teoría Pura del Derecho**. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica. Primera edición de 1934. Madrid: Trotta, 2011.

⁹⁰BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.240.

⁹¹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.240.

⁹²BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.240.

⁹³BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.240.

⁹⁴BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.240.

Segundo o autor, o positivismo jurídico [v.g. a doutrina acima enunciada] foi a filosofia dos juristas nas primeiras décadas do século XX. Era uma teoria que, “no desenvolvimento de idéias e de conceitos dogmáticos, em busca da cientificidade anunciada”, reduzia todo o direito a um conjunto sistemático de normas vigentes e, “como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência”.⁹⁵

Para o constitucionalista, com o passar do tempo o juspositivismo “sujeitou-se à crítica crescente e severa, vinda de diversas procedências, até sofrer dramática derrota histórica. A troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade”.⁹⁶

Barroso entende que o positivismo jurídico estaria inteiramente equivocado em sua perspectiva teórica sobre o fenômeno jurídico positivo. Isto, pois, do ponto de vista científico, “jamais foi possível a transposição totalmente satisfatória dos métodos das ciências naturais para a área de humanidades”.⁹⁷ Não apenas isso, mas o ideal científico de neutralidade dos juízos descritivos também seria – segundo o autor – inatingível no domínio jurídico:

O Direito, ao contrário de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe. Cabe-lhe prescrever um *dever-ser* e fazê-lo valer nas situações concretas. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um *dado*, mas uma *criação*. A relação entre o sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo - isto é, entre o intérprete, a norma e a realidade – é tensa e intensa. O ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de se realizar.⁹⁸

Apesar de pretender ser uma *teoria* do direito “na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato”,⁹⁹ o juspositivismo teria se convertido “em uma *ideologia*, movida por juízos de valor, por ter-se tornado não apenas um modo de *entender* o Direito, mas também de *querer* o Direito”.¹⁰⁰ O positivismo jurídico não seria meramente uma *teoria* do direito que descreve o direito positivo válido em um determinado tempo e local (juízos fáticos

⁹⁵BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.241.

⁹⁶BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.241.

⁹⁷BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.241.

⁹⁸BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.241.

⁹⁹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.241.

¹⁰⁰BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p. 241.

sobre um objeto a ser conhecido), mas sim uma forma de justificar, legitimar ou avaliar de modo favorável (juízos de valor) o direito vigente, convertendo-se em uma *ideologia* do direito positivo. O ideal científico do juspositivismo teria resultado na ‘ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma, tendo um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem’.¹⁰¹ Assim sendo, “o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados”.¹⁰² Com este argumento, Barroso insinua que o juspositivismo – sob a desculpa de identificação e descrição científica do direito válido em um dado contexto – teria justificado ou legitimado ideologicamente, adotando uma perspectiva política favorável aos donos do poder, o direito do Estado nacional-socialista na Alemanha e o direito do Estado fascista na Itália. Este seria o motivo da afirmação feita anteriormente pelo autor de que a “ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade”.¹⁰³ Esta conclusão fica evidente na sequência de seu raciocínio.

O positivismo jurídico não apenas estaria teoricamente equivocado, mas também historicamente ultrapassado e obsoleto. Segundo Barroso, “a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha”.¹⁰⁴ Isto, pois, esses “movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei”.¹⁰⁵

Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Até mesmo a segregação da comunidade judaica, na Alemanha, teve início com as chamadas *leis raciais*, regularmente editadas e publicadas. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido.¹⁰⁶

¹⁰¹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p. 241.

¹⁰²BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p. 241.

¹⁰³BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.241.

¹⁰⁴BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.248.

¹⁰⁵BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.242.

¹⁰⁶BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.242. O filme *Judgment at Nuremberg* (Stanley Kramer, 187min,1961) representa cinematograficamente o argumento transcrito na parte inicial da citação de Barroso. Inspirado no *Caso Katzenberger*, o filme retrata o julgamento de quatro juízes alemães que usaram seus cargos para convalidar atrocidades nazistas contra o povo judeu durante a II Guerra Mundial. Uma das teses suscitadas pelo advogado de defesa para pedir a absolvição dos réus é justamente afirmar que os juízes apenas estavam aplicando as normas vigentes e não poderiam ser responsabilizados por isso. Essa crítica de que o juspositivismo foi responsável pelas atrocidades nazistas foi apresentada pela primeira vez em 1945 pelo jusfilósofo Gustav Radbruch, no ensaio *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*. Uma versão do texto em português encontra-se disponível em:

Barroso assume que o positivismo jurídico sustenta haver um dever incondicional de obediência à lei válida. Por isso, os oficiais, funcionários públicos e magistrados julgados em Nuremberg estariam apenas cumprindo o dever “juspositivista” de aplicar a lei formalmente válida independentemente de seu conteúdo (injusto), não podendo ser responsabilizados de nenhum modo. De tal modo, o constitucionalista afirma que a “superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação”.¹⁰⁷ Isto é o que o autor denomina de *pós-positivismo*.

Se o positivismo jurídico foi a filosofia dos juristas da primeira metade do século XX, o *pós-positivismo* seria uma “nova filosofia do Direito, que tem influenciado de maneira decisiva a produção acadêmica e jurisprudencial dos últimos tempos”.¹⁰⁸

O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas idéias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica*.¹⁰⁹

Entretanto, como no pensamento do constitucionalista o termo *pós-positivismo* encontra-se intimamente vinculado à expressão *Neoconstitucionalismo*, veremos a partir de agora como o significado deste último pode nos ajudar a compreender o sentido do primeiro. A adoção do termo por Barroso é claramente uma influência da publicação do livro *Neoconstitucionalismo(s)* (2003), uma obra

RADBRUCH, Gustav. “Cinco minutos de filosofia do direito”. In: RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997. pp.415-418. Ver também: MARRUS, Michael. **The Nuremberg War Crimes Trial 1945-46: A Documentary History**. Boston: Bedford Books, 1997.

¹⁰⁷BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...Op.Cit.** p.242. “Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito”. (BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Abr/Jun. 2005. p.4).

¹⁰⁸BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...Op.Cit.** p.242.

¹⁰⁹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...Op.Cit.** p.242.

organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, reunindo artigos de vários juristas, principalmente espanhóis e italianos.¹¹⁰

Para Luís Roberto Barroso, o termo *neoconstitucionalismo* é sinônimo de *novo direito constitucional*, entendido conjuntamente tanto como organização do direito positivo, como doutrina do direito constitucional, e “identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional”.¹¹¹ Tais transformações possuíam três importantes marcos: (i) como *marco histórico*, “a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX”¹¹²; (ii) como *marco filosófico*, “o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética”¹¹³; e (iii) como *marco teórico*, “o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”.¹¹⁴ Assim, desse “conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito”.¹¹⁵

O *marco histórico* do neoconstitucionalismo seria uma transformação ocorrida no âmbito do fenômeno jurídico, ou seja, no plano do próprio direito positivo: “o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália”.¹¹⁶ Barroso aponta que a “reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas”.¹¹⁷ A articulação entre as ideias políticas de constitucionalismo e de democracia terminou

¹¹⁰CARBONELL, Miguel. (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. Ver também: CARBONELL Miguel (Ed.). **Teoría del Neoconstitucionalismo**: Ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007; e CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Ed.). **El Canon Neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

¹¹¹BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...Op.Cit. p.11.

¹¹²BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...Op.Cit.p.12.

¹¹³BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...Op.Cit.p.12.

¹¹⁴BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...Op.Cit.p.12.

¹¹⁵BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...Op.Cit.p.12.

¹¹⁶BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...Op.Cit.p.3. Para o constitucionalista: “A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...Op.Cit. p.3).

¹¹⁷BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...Op.Cit.p.3.

por produzir uma nova forma de organização política: o Estado Constitucional.¹¹⁸ Essa transformação ocorreria no Brasil apenas com “a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar”.¹¹⁹

No entender do constitucionalista, seria possível identificar três modelos institucionais diversos ao longo dos últimos quinhentos anos: o Estado pré-moderno,¹²⁰ o Estado legislativo de direito¹²¹ e o Estado constitucional de direito, sendo que em “cada um desses períodos, reservou-se para o Direito, para a ciência jurídica e para a jurisprudência um papel específico”.¹²² Assim, as transformações que assinalam o marco histórico do neoconstitucionalismo – na concepção de Barroso – são explanadas do seguinte modo:

¹¹⁸Barroso destaca que essa nova forma de organização política “atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático.” (BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...Op.Cit.p.3)

¹¹⁹BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...Op.Cit.p.3 “No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. [...] Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração.” (BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...Op.Cit. p.3,4).

¹²⁰“O *Estado pré-moderno*, anterior à consagração da legalidade, caracterizava-se pela pluralidade de fontes normativas, pela tradição romanística de produção jurídica e pela natureza *jusnaturalista* de sua fundamentação. Doutrina e jurisprudência desempenhavam um papel criativo do Direito e, como consequência, também normativo. [...] No Estado pré-moderno, a formação do Direito não era legislativa, mas jurisprudencial e doutrinária. Não havia um sistema unitário e formal de fontes, mas uma multiplicidade de ordenamentos, provenientes de instituições concorrentes: o Império, a Igreja, o Príncipe, os feudos, os municípios e as corporações. O direito comum era assegurado pelo desenvolvimento e atualização da velha tradição romanística e tinha sua validade fundada na intrínseca racionalidade ou na justiça de seu conteúdo. *Veritas, non auctoritas facit legem* é a fórmula que expressa o fundamento *jusnaturalista* de validade do direito pré-moderno. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...Op.Cit. p.244**, corpo do texto e nota de rodapé). Sobre o tema, conferir: GROSSI, Paolo. [1995] **A Ordem Jurídica Medieval**. Trad. de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014; COSTA, Pietro. **Iurisdictio**. Semantica dei Potere Politico Medievale (1100-1433), Milano, Giuffrè, 1969; COSTA, Pietro. **Civitas**. Storia della cittadinanza in Europa. Vol. 1: Dalla civiltà comunale al Settecento. Baris: Laterza, 1999; FIORAVANTI, Maurizio. [1999] **Costituición**: de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2011.

¹²¹Para Barroso: “O *Estado legislativo de direito*, por sua vez, assentou-se sobre o monopólio estatal da produção jurídica e sobre o princípio da legalidade. A norma legislada converte-se em fator de unidade e estabilidade do Direito, cuja justificação passa a ser de natureza positivista. A partir daí, a doutrina irá desempenhar um papel predominantemente descritivo das normas em vigor. E a jurisprudência se torna, antes e acima de tudo, uma função técnica de conhecimento, e não de produção do Direito”. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...Op.Cit. p.244**). Sobre o tema, ver: COSTA, Pietro. “O Estado de Direito: uma introdução histórica”. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (Org.). **O Estado de Direito**. História, teoria, crítica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 95-200; FIORAVANTI, Maurizio. [2009] **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Trotta, 2014; GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Trad. de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

¹²²BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...Op.Cit. p.243**.

O *Estado constitucional de direito* desenvolve-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição.¹²³

Segundo a concepção de Barroso, o *pós-positivismo* constitui o marco filosófico do *neoconstitucionalismo*. Diferentemente do marco histórico, que registra uma alteração significativa no âmbito do direito positivo (nova forma de organização política, centralidade do direito constitucional e dos direitos fundamentais), o marco filosófico aponta uma mudança no âmbito teórico ou doutrinário da cultura jurídica (uma mudança de pensamento por parte dos juristas).¹²⁴ Segundo o autor, a “quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo”.¹²⁵ Os dois modelos puros apontados pelo autor consistem em “duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito”.¹²⁶ o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. O “pós-positivismo busca ir além

¹²³BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...Op.Cit.** p.244,245. Conferir também: LOSANO, Mario. **Sistema e Estrutura no Direito**. Vol.2. O Século XX. Trad. Luca Lamberti. WMFMartins Fontes: São Paulo, 2010. p. 243 em diante; COSTA, Pietro. “Democracia Política e Estado Constitucional”. In: COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. pp.241-274.

¹²⁴Nas palavras de Diniz e Maia: “O pós-positivismo pode ser descrito, em grandes linhas, como um novo paradigma concebido no âmbito da teoria jurídica de contestação à insuficiências, aporias e limitações do juspositivismo formalista tradicional, que reflete em larga medida uma ideologia jurídica herdada do Estado de Direito do século XIX. [...] A utilização do termo *pós-positivismo* para designar a configuração contemporânea do pensamento jurídico implica, necessariamente, uma ruptura com a forma básica de compreensão do Direito, hegemônica ao longo de boa parte do século XX, conhecida como positivismo jurídico. A necessidade do emprego de uma nova terminologia decorre do rompimento de algumas das premissas básicas da teoria que – não obstante as suas diferentes feições – apresenta um denominador comum capaz de garantir sua coerência. [...] [Falar em pós-positivismo significa] “propugnar por uma superação desta *démarche* teórica [v.g. juspotivismo] na busca de uma compreensão mais *afinada* da vida jurídica contemporânea”. (DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. “Pós-positivismo”... Op.Cit. 650, 651, *passim*).

¹²⁵BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...Op.Cit.p.4; BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...Op.Cit.** p.247. “A despeito de seus contornos definitórios ainda soarem algo difusos, o pós-positivismo tem se firmado a cada dia como um discurso competitivo frente à hegemonia ainda reinante na cultura jurídica da ortodoxia positivista.” (DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. “Pós-positivismo”. Op.cit. p. 650).

¹²⁶BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...Op.Cit.p.4.

da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto: procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”¹²⁷ e promove “uma reaproximação entre o Direito e a filosofia”.¹²⁸ De tal modo, ao menos do ponto de vista jusfilosófico, o “novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito”.¹²⁹

Diante do alegado “fracasso político do positivismo”¹³⁰ e de sua consequente ‘decadência, emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade’¹³¹, Barroso afirma que “a partir da segunda metade do século XX, o Direito deixou de caber integralmente no positivismo jurídico”.¹³² Segundo o autor, ao fim da II Guerra Mundial, “a ética e os valores começam a retornar ao Direito, inicialmente sob a forma de um ensaio de retorno ao Direito natural, depois na roupagem mais sofisticada do pós-positivismo”.¹³³ No entender do constitucionalista, é a obra *A Theory of Justice* (1971) do filósofo político John Rawls que opera uma *virada kantiana* e “abre caminho para a ascensão do pós-positivismo, por meio da revalorização da razão prática e da inserção de princípios de justiça no interior da ordem jurídica”.¹³⁴

¹²⁷BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...Op.Cit.p.4.

¹²⁸BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...Op.Cit.p.5.

¹²⁹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.250.

¹³⁰BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...Op.Cit.p.4.

¹³¹BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...Op.Cit.p.4.

¹³²BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.248.

¹³³BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.248. “O chamado *retorno aos valores* apresenta como marco o final da Segunda Guerra Mundial e a percepção de que o formalismo da teoria positivista constituía um modelo insuficiente para a construção de uma ordem jurídica aceitável, prestando-se ao fornecimento de uma roupagem legal a regimes bárbaros. O ímpeto da reação inicial levou a uma reaproximação com o jusnaturalismo, defendido expressamente por Radbruch por ocasião de sua reintegração à vida acadêmica alemã, após a derrota do nazismo”. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p. 248, nota de rodapé).

¹³⁴BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.248. Em uma nota de rodapé, Barroso cita um trecho da obra de Ricardo Lobo Torres para justificar seu entendimento, o qual transcrevemos a seguir: “De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno dos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de ‘virada kantiana’ (*kantische Wende*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas idéias”. (TORRES, Ricardo Lobo, **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: valores e princípios constitucionais tributários**. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 41). Ainda: “Suas bases filosóficas [v.g. do *pós-positivismo*] são ecléticas, e remetem a uma constelação de autores que possuem ponto de contato com as idéias do Gustav Radbruch tardio, passando pelos influxos da teoria da justiça de John Rawls, incorporando ainda elementos da filosofia hermenêutica, bem como aportes da teoria do discurso de Habermas”. (DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. “Pós-positivismo”. Op.cit. p. 650).

Entretanto, os maiores representantes do jusfilosofia pós-positivista seriam Ronald Dworkin e Robert Alexy.¹³⁵

É necessário ressaltar que a imprecisão da linguagem utilizada por Barroso torna difícil compreender em que consiste, exatamente, sua compreensão do que vem a ser o *pós-positivismo*. O próprio autor reconhece que a expressão *pós-positivismo* é usada como “designação provisória e genérica de um ideário difuso” que engloba “algumas idéias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica”,¹³⁶ além do desenvolvimento de uma “teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica*”.¹³⁷

A linguagem utilizada pelo constitucionalista é retórica excessivamente vaga, em especial quando alega coisas tais como: “[a] aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e as ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade”.¹³⁸ Como Barroso havia afirmado anteriormente que o juspositivismo havia feito coisas como a redução do Direito à lei/norma e a separação do Direito da Ética, o que o constitucionalista está dizendo é que o positivismo jurídico não corresponderia mais tanto ao estágio do processo civilizatório (qual estágio seria

¹³⁵Em nota de rodapé, além de Dworkin e Alexy o constitucionalista lista como teóricos que se enquadram no pós-positivismo os italianos Luigi Ferrajoli e Gustavo Zagrebelsky. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...** Op.Cit. p.247). Nesse sentido, Diniz e Maia ressaltam: “Robert Alexy e Ronald Dworkin são os autores mais notórios a frequentar qualquer exposição digna. [O *pós-positivismo* é um] movimento de ideias capitaneado por Dworkin (no âmbito do debate norte-americano) e Alexy (na esfera de influência do direito continental). [...] O destaque conferido a Dworkin no panteão pós-positivista não é gratuito, uma vez que se deve a ele indiscutivelmente o mérito de haver iniciado a cruzada *antipositivista* contra a doutrina hegemônica do positivismo analítico de origem anglo-saxônica que deitou fundas raízes nas culturas hispânica e italiana (de Hart a Raz; de Carrió a Alchourrón e Bulygin; de Bobbio a Guastini). Por sua vez, tal insurgência contra a matriz doutrinária dominante lhe renderia, não raro, o rótulo de autor jusnaturalista. Neste aspecto, Dworkin não se encontra sozinho. Também outro *avatar* do pós-positivismo, Robert Alexy, é identificado por determinados autores como integrando as fileiras jusnaturalistas por defender teses contrárias a alguns dos principais pressupostos positivistas, a exemplo de sua controvertida teoria da pretensão de correção do Direito. Tanto Dworkin quanto Alexy, entretanto, rejeitam tal qualificativo na certeza de que suas idéias perfilam uma terceira via superadora dos paradigmas justeóricos preexistentes, não se confundindo com os marcos positivista e jusnaturalista.” (DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. “Pós-positivismo”. Op.Cit... p.650, 652, *passim*).

¹³⁶BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...** Op.Cit. p.242.

¹³⁷BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...** Op.Cit. p.248. “O próprio termo *pós-positivismo* (também conhecido como não-positivismo ou como não-positivismo principiológico) possui um *status* provisório e genérico, enquanto categoria terminológica, posto que seu emprego não é de todo pacífico, mesmo entre os autores que partilham de suas teses axiais. Bem se pode dizer que enquanto ensaie seus primeiros passos como movimento, detecta-se na obra de justeóricos identificados com sua proposta uma série de afinidades eletivas e tendências comuns aptas a configurar uma nova concepção de Direito.” (DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. “Pós-positivismo”... Op.Cit.p. 650).

¹³⁸BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...** Op.Cit. p.248.

esse?) quanto às ambições que patrocinavam a causa da humanidade (quais seriam essas ambições?).

O constitucionalista também é impreciso quando alega que “o discurso científico impregnara o Direito”.¹³⁹ É difícil compreender exatamente o que o autor quer dizer com isso: o fenômeno jurídico positivo ficou impregnado com preocupações de cientificidade? O direito positivo (entendido como produção de normas gerais, em especial pelo Estado, e como produção de normas particulares como resultado da aplicação dessas normas gerais a casos concretos, em especial por magistrados) passou a ser produzido cientificamente? O direito positivo (legislação, por exemplo) passou a incorporar o jargão técnico usado nas ciências em suas prescrições ou em seus textos jurídicos? Ou ainda seria o caso da doutrina jurídica que estaria impregnada com uma preocupação de se constituir como saber científico (com uma metodologia rigorosa e um objeto a ser conhecido e explicado)? A linguagem imprecisa do autor por vezes nos impede de saber exatamente o que ele entende ter ocorrido no âmbito da cultura jurídica da segunda metade do século XX.

Barroso usa o termo “Direito” de modo genérico para se referir ao menos a três coisas distintas: (a) ao sistema normativo produzido pelo legislador; (b) à doutrina jurídica; (c) e à jurisprudência, entendida como decisões reiteradas proferidas pelos tribunais. Tendo em vista que o autor está discorrendo acerca do *marco filosófico* do *neoconstitucionalismo*, o contexto nos autoriza a compreender a proposição “o discurso científico impregnara o Direito” como uma preocupação da doutrina jurídica em se afirmar como saber científico. Isto significa que os juristas “não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva”.¹⁴⁰

Nesse sentido, o pós-positivismo se apresenta como sendo uma espécie de “*terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista”.¹⁴¹ Isto, pois, segundo o entendimento do constitucionalista, é uma concepção que guarda “deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e de legitimidade”,¹⁴² sem recorrer, todavia, a noções transcendentais e metafísicas, típicas

¹³⁹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.248.

¹⁴⁰BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.248.

¹⁴¹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.248. “Para alguns, o pós-positivismo pode ser descrito como uma espécie de terceira via aos paradigmas positivista e jusnaturalista, sem incorrer nos reducionismos e aporias nos quais estes desembocaram historicamente”. (DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. “Pós-positivismo”... Op.cit. p.650).

¹⁴²BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.248.

do pensamento jusnaturalista. Esse conjunto heterogêneo de teorias reunidas sob o rótulo de *pós-positivistas* “busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas”.¹⁴³ Consiste numa concepção jusfilosófica que “não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política”.¹⁴⁴

Segundo o entendimento de Barroso, o pós-positivismo rejeita “o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política”.¹⁴⁵ Para o autor, tal rejeição não é “para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente”.¹⁴⁶ Conforme o constitucionalista, se “é inegável a articulação complementar entre eles, a tese da separação, que é central ao positivismo e que dominou o pensamento jurídico por muitas décadas, rende tributo a uma hipocrisia”.¹⁴⁷

Nesse novo contexto jusfilosófico, Barroso destaca os seguintes temas característicos da concepção pós-positivista:

A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de

¹⁴³**Neoconstitucionalismo e Const.** p.4,5 (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. 249)

¹⁴⁴BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.248. “Ora, por um lado não podemos nos recusar a reconhecer as incontornáveis contribuições dadas pelos juristas filiados ao positivismo jurídico à inteligência da estrutura da norma jurídica, bem como sua preocupação com a clareza, a certeza e a objetividade no estudo do Direito, tudo isso referenciado à preocupação central dos Estados de Direito contemporâneos com a segurança jurídica. Por outro lado, advogar um enfoque pós-positivista não significa defender – como é, por vezes, salientado por autores críticos a esse posicionamento – um retorno a posições jusnaturalistas devedoras de concepções metafísicas incompatíveis com o atual estágio da compreensão científica”. (DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. “Pós-positivismo”... Op.cit. p 651).

¹⁴⁵BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.248

¹⁴⁶BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.248. Assim, segundo o entendimento de Diniz e Maia, o pós-positivismo significa “não só o reconhecimento da centralidade dos princípios jurídicos altera a forma como é pensada essa relação entre essas três esferas da vida social [v.g. direito, moral e política], não mais de separação absoluta, como no caso do positivismo jurídico até a obra de Hart, caminhamos a passos largos rumo a uma Teoria do Direito normativa, fortemente conectada com a Filosofia política e a Filosofia moral”. (DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. “Pós-positivismo”. Op.cit.p. 651).

¹⁴⁷BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.248.

uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.¹⁴⁸

Assim como Bonavides, Barroso destaca a importância da normatividade dos princípios e dos valores constantes do texto constitucional dessa nova forma de organização política (Estado constitucional de direito) para a compreensão da reaproximação entre Direito e ética operada pela doutrina pós-positivista:

Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução constante de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a democracia, a República e a separação de Poderes. Houve, ainda, princípios cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente, como o da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade.¹⁴⁹

O que Barroso chama de doutrina pós-positivista, de tal modo, não é apenas um conjunto de teorias que procuram dizer como o direito “é”, mas, sim, também, que se empenham em dizer ideologicamente (assumindo abertamente uma postura política) como o direito “deve ser” (legislado e aplicado) idealmente, dado que tal concepção reconhecidamente “se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática”.¹⁵⁰

Portanto, enquanto *marco filosófico do neoconstitucionalismo*, o *pós-positivismo* consistiria num conjunto heterogêneo de teorias reunidas sob o abrigo de um “paradigma em construção” que versam tanto sobre como o direito “é” quanto sobre como ele “deve ser”, que rejeitam a separação entre direito e moral feita pelo positivismo jurídico e que abordam os seguintes temas (ao menos segundo o entendimento de Barroso): (i) a promoção de uma reaproximação entre o Direito e a

¹⁴⁸BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...Op.Cit.p.5.

¹⁴⁹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.250.

¹⁵⁰BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...**Op.Cit. p.249. Segundo Diniz e Maia: “Nesta nova etapa, a razão jurídica não mais é identificada exclusivamente com a racionalidade formal, instrumental, dirigida-a-fins, passando a incorporar também a razão prática. Neste sentido, a mola-mestra da atividade jurídica não deve estar orientada – ou, pelo menos, não totalmente – pela obtenção de êxito ou vantagem, mas por uma aspiração moral, uma pretensão de justiça. Diante das crescentes exigências e demandas típicas das complexas sociedades contemporâneas resulta claro para muitos juristas a necessidade de impulsionar a integração e rearticulação entre as diferentes esferas da razão prática como direito, moral e política”. (DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. “Pós-positivismo”. Op.cit. p. 651).

ética; (ii) o reconhecimento da normatividade aos princípios; (iii) a afirmação de uma diferença qualitativa dos princípios em relação às regras; (iv) o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana; (v) a formação de uma nova hermenêutica; (vi) a reentronização dos valores na interpretação jurídica; (vii) a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica.¹⁵¹

Por fim, Barroso afirma a existência de um marco teórico do *Neoconstitucionalismo*. Este marco no plano teórico consiste, na verdade, em ‘três grandes transformações que teriam subvertido o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional’:¹⁵² o a) reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Para o autor, até meados do século passado na Europa, “a Constituição era vista como um documento essencialmente político”, sendo um mero “convite à atuação dos Poderes Públicos”.¹⁵³ De tal modo, a “concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador” e ao Poder Judiciário “não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição”.¹⁵⁴ Com o advento do Estado Constitucional, o texto constitucional passa a ter normatividade, ou seja, ‘as normas constitucionais passam a ser dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas e sua inobservância passa a deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado’.¹⁵⁵

O direito positivo do pós-guerra não teria sido alterado apenas pelo advento de novas constituições e pelo reconhecimento da força normativa dela, “mas também [pela adoção de] um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição”.¹⁵⁶ Para Barroso, a “fórmula envolvia a

¹⁵¹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...** Op.Cit. p.249,250.

¹⁵²BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...** Op.Cit. p.262.

¹⁵³BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...** Op.Cit. p.197.

¹⁵⁴BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...** Op.Cit. p.218.

¹⁵⁵“O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional. sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada”. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...** Op.Cit. p. 263).

¹⁵⁶BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...** Op.Cit. 263.

constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário”.¹⁵⁷ Por isso, vários países europeus “vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade associado à criação de tribunais constitucionais”.¹⁵⁸

A terceira mudança resultaria na alteração de premissas teóricas, filosóficas e ideológicas da interpretação tradicional, “inclusive e notadamente quanto ao papel da *norma*, suas possibilidades e limites, e ao papel do *intérprete*, sua função e suas circunstâncias”.¹⁵⁹ De tal modo, de acordo com o constitucionalista, ao lado dos elementos tradicionais de interpretação jurídica foram desenvolvidas novas perspectivas: a criação ou a reelaboração de categorias, tais como os modos de atribuição de sentido às cláusulas gerais, o reconhecimento de normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisões de normas constitucionais envolvendo direitos fundamentais, a utilização da ponderação como técnica de decisão e a reabilitação da razão prática como fundamento de legitimação das decisões judiciais.¹⁶⁰

Assim, podemos compreender do seguinte modo os três elementos que assinalam esse *marco teórico* do *neoconstitucionalismo*: as duas primeiras mudanças – reconhecimento de força normativa à Constituição e expansão da jurisdição constitucional – referem-se a transformações no âmbito do direito positivo (reelaboração do sistema constitucional), em que o texto constitucional passa a desempenhar um maior papel no mundo jurídico e o Judiciário passa a ter uma participação mais visível e interveniente em razão de um novo desenho institucional que favorece o controle judicial de constitucionalidade. A terceira transformação – o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional - possui uma

¹⁵⁷BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...Op.Cit. p.6.

¹⁵⁸“o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. Por outro lado, a denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que atribuía a legitimação para sua propositura exclusivamente ao Procurador-Geral da República. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura no controle concentrado, fazendo com que este deixasse de ser mero instrumento de governo e passasse a estar disponível para as minorias políticas e mesmo para segmentos sociais representativos. A esse fator somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...Op.Cit.p.264**). Cf. FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

¹⁵⁹BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...Op.Cit.p.266**.

¹⁶⁰BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...Op.Cit.p.266; 296-305**.

dupla face: a necessidade de novas categorias hermenêuticas – e mesmo a invenção de várias delas – para a resolução de conflitos na interpretação/aplicação do direito constitucional foi verificada inicialmente pelos próprios tribunais (em especial, pelo Tribunal Constitucional alemão).¹⁶¹ Após a constatação jurisdicional da insuficiência teórica oferecida pela metodologia clássica (âmbito judicial do direito positivo), novas categorias foram criadas ou reelaboradas no âmbito doutrinário visando oferecer maior racionalidade a esse tipo de interpretação/aplicação do direito.

Portanto, as duas primeiras mudanças características do *marco teórico* constituem transformações ocorridas no âmbito do fenômeno jurídico (direito positivo), enquanto a terceira, por sua vez, consiste em uma mudança ocorrida preponderantemente no âmbito da doutrina jurídica (teoria do direito e ciência do direito) advinda de problemas específicos da aplicação jurisdicional do direito constitucional a casos complexos no contexto do Estado Constitucional.

Em suma, Luís Roberto Barroso compreende a expressão *neoconstitucionalismo* como sendo um conjunto de transformações ocorridas tanto no âmbito do direito positivo (advento do Estado Constitucional) quanto no âmbito teórico-doutrinário (superação do juspositivismo pelo pós-positivismo). Assim sendo, a expressão *neoconstitucionalismo* é usada pelo autor de modo vago e ambíguo para designar ao mesmo tempo realidades distintas, ou seja, instituições e doutrinas: tanto uma teoria do direito que seria própria e característica do Estado Constitucional, quanto o próprio Estado Constitucional. Para o autor, nos dois sentidos haveria uma superação do positivismo jurídico pelo *Neoconstitucionalismo* e, no âmbito teórico-doutrinário, esta superação seria evidente pelo advento do *pós-positivismo* (marco filosófico do *Neoconstitucionalismo*). Como foi possível observar, segundo a compreensão de Luís Roberto Barroso, há uma relação direta entre o sentido dos termos *Neoconstitucionalismo* e *pós-positivismo* jurídico e ambos seriam incompatíveis com o positivismo jurídico.

Esse discurso de superação do positivismo jurídico pelo pós-positivismo/neconstitucionalismo se popularizou entre os juristas brasileiros e

¹⁶¹Tais como a “interpretação conforme a constituição” (*verfassungskonforme Auslegung*) e a “nulidade parcial sem redução de texto” (*Teilnichtklärung ohne Normtextreduzierung*). Nesse sentido, conferir: SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Trad. Beatriz Hennig. et alii. Montevideu: Konrad Adenauer; Stiftung, 2005.

recebeu ampla adesão doutrinária no âmbito da literatura jurídica.¹⁶² Tal discurso se desenvolveu consideravelmente após as contribuições de Bonavides e Barroso e muitos autores – partindo das mais diversas matrizes filosóficas – escreveram obras específicas para sustentar tal tese. Nesse sentido, e apenas a título exemplificativo, podemos citar as obras: *Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?*, de Amélia Sampaio Rossi (2011);¹⁶³ *Além do Positivismo Jurídico*, de Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Bernardo Augusto Ferreira Duarte (2013);¹⁶⁴ *Positivismo e Discricionariedade Judicial: A Filosofia do Direito na encruzilhada do Constitucionalismo Contemporâneo*, de Henrique Abel (2015);¹⁶⁵ *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição* (3ªed., 2012)¹⁶⁶ e *Entre Constitucionalismo Cosmopolita e Pluriversalismo Internacional: Neoconstitucionalismo e Ordem Mundial* (2014)¹⁶⁷ de Écio Oto Ramos Duarte (a primeira obra o autor publicada em coautoria com Susanna Pozzolo). Em que pese a diversidade das premissas filosóficas adotadas por tais juristas, bem como a pluralidade de argumentos sustentados em tais obras, os autores mencionados

¹⁶²Como exemplo do desenvolvimento do assunto, apontamos três obras coletivas que reúnem importantes trabalhos nesta temática: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam.(ORG.). **Garantismo Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo**: Um Debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Orgs.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009; DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coord). **Teoria do Direito Neoconstitucional - Superação ou reconstrução do positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2008.

¹⁶³ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo**: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico? Curitiba: Juruá, 2011. A obra é fruto da tese de doutorado da autora: ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a Superação e Superação da Perspectiva Positivista do Direito**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, 2011.

¹⁶⁴CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do Positivismo Jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

¹⁶⁵ABEL, Henrique. **Positivismo e Discricionariedade Judicial**: A Filosofia do Direito na encruzilhada do Constitucionalismo Contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. A obra é consiste na dissertação de mestrado do autor: ABEL, Henrique. **Discricionariedade Judicial e sua (In)Compatibilidade com o Estado Democrático de Direito**: Positivismo, pragmatismo e ceticismo no cenário do “pós-positivismo”. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito na UNISINOS, 2011.

¹⁶⁶DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 3ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2012. Écio Oto R. Duarte é um dos juristas brasileiros mais engajados na defesa dos ideais neoconstitucionalistas. Todavia, devemos ressaltar que o posicionamento da jusfilósofa italiana Susanna Pozzolo (coautora da obra) é bem distinto e será abordado no próximo tópico.

¹⁶⁷DUARTE, Écio Oto Ramos. **Entre Constitucionalismo Cosmopolita e Pluriversalismo Internacional**: Neoconstitucionalismo e Ordem Mundial. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014. Essa obra consiste na publicação da tese de doutorado do autor: DUARTE, Écio Oto Ramos. **O Neoconstitucionalismo como Antipositivismo Jurídico**: Uma teoria do direito e do Estado em face do cosmopolitismo jurídico..Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da UNIFOR. 2013.

convergem em um ponto: em afirmar a superação do positivismo jurídico como teoria do direito – ou paradigma teórico –, em especial, diante do Estado Constitucional.

Entretanto, ainda seria preciso indagar: quando e como surgiu historicamente o termo *neoconstitucionalismo*?; O que ele designa no contexto internacional?; Seria necessário refinar o seu sentido? Tais questões constituem o objeto de análise do próximo tópico.¹⁶⁸

1.3 O SENTIDO DO NEOCONSTITUCIONALISMO: POR UMA DELIMITAÇÃO CONCEITUAL MAIS PRECISA

O termo *neoconstitucionalismo* não possui origem na doutrina jurídica brasileira. Como apontado no tópico anterior, o seu uso em território nacional popularizou-se em razão da influência que a antologia organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell intitulada *Neoconstitucionalismo(s)* (2003)¹⁶⁹ exerceu em muitos juristas brasileiros.¹⁷⁰ Nos anos subsequentes, Carbonell organizou novas coletâneas sobre a temática, tais como as obras: *Teoría del Neoconstitucionalismo* (2007);¹⁷¹ *El Principio de la Ponderación y la Interpretación Constitucional* (2008);¹⁷² e *El Canon Neoconstitucional* (2010).¹⁷³ Desse modo, Carbonell pode seguramente ser

¹⁶⁸Reservamos a explicação do surgimento e a análise da expressão *pós-positivismo* para o terceiro capítulo deste estudo, por entender que é necessário primeiramente abordar e esclarecer o sentido das expressões *neoconstitucionalismo* (capítulo 1) e *positivismo jurídico* (capítulo 2) como condição preliminar de possibilidade da compreensão de seu sentido.

¹⁶⁹CARBONELL, Miguel. (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

¹⁷⁰Luís Roberto Barroso não foi o primeiro a utilizar a expressão *neoconstitucionalismo* no Brasil. Ana Paula de Barcellos (atualmente professora titular da UERJ), já havia utilizado o termo em seu artigo “Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas” (2005), texto que o próprio constitucionalista carioca faz referência no estudo “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito” (2005). No mesmo ano de 2005, Lenio Luiz Streck publicou dois estudos contendo o vocábulo no próprio título dos artigos: “Ontem, os códigos; hoje, as constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo” e “A revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil: a Constituição como remédio contra maiorias”. Todavia, salvo melhor juízo, o primeiro a utilizar a expressão *neoconstitucionalismo* em território nacional (professando adesão a tal ideário) foi Écio Oto Duarte em 2003, na obra: DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito: aproximação à metodologia discursiva do direito**. São Paulo: Landy, 2003.

¹⁷¹CARBONELL Miguel (Ed.). **Teoría del Neoconstitucionalismo**: Ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

¹⁷²CARBONELL Miguel (Ed.). **El Principio de la Ponderación y la Interpretación Constitucional**. Quito: V&M Gráficas, 2008.

¹⁷³CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Ed.). **El CanonNeoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

considerado um dos maiores divulgares do vocábulo e um dos grandes entusiastas do ideário representado por ele. Em todo o caso, podemos indagar precisamente: quando e como surgiu historicamente o termo *neoconstitucionalismo* no âmbito jurídico internacional? Antes de adentrarmos propriamente no mérito de tal pergunta, porém, é importante realizar uma pequena consideração.

O questionamento acerca da compatibilidade entre as transformações ocorridas no âmbito do fenómeno jurídico europeu (âmbito do direito positivo), operadas por esse movimento constitucionalista do pós-guerra¹⁷⁴ e o positivismo jurídico, foi proposto antes mesmo que o termo *neoconstitucionalismo* surgisse e se popularizasse no âmbito doutrinário. Ao que parece, a tese da incompatibilidade intrínseca entre o positivismo jurídico e o constitucionalismo do pós-guerra foi sustentada pela primeira vez por Giovanni Sartori (1962)¹⁷⁵ e Nicola Matteucci (1963),¹⁷⁶ e mesmo juspositivistas de renome como o jusfilósofo francês Michel Troper (1988)¹⁷⁷ concordaram com tal entendimento. O jurista espanhol Luis Prieto Sanchís também desenvolveu um importante estudo da questão antes do surgimento do termo, intitulado *Constitucionalismo y Positivismo* (1997),¹⁷⁸ em que afirma: “parece incontestável que na cultura jurídica de nossos dias o positivismo bate em retirada, se é que já não foi definitivamente vencido”.¹⁷⁹ Portanto, se o termo neoconstitucionalismo é relativamente recente, a tese principal expressada por seu ideário – mesmo estando na pauta da agenda dos teóricos do direito ainda hoje, sendo de atualidade incontestável – já vem sendo debatida pelos teóricos do direito há mais de meio século.

O termo *neoconstitucionalismo* resultou de estudos de jusfilósofos italianos, mais especificamente de um grupo de teóricos do direito situados em Gênova. A

¹⁷⁴Podemos apontar como sendo as principais referências desta reconstitucionalização no cenário europeu: a Constituição da Itália (1947), a Lei Fundamental de Bonn (1949), a Constituição de Portugal (1976) e a Constituição da Espanha (1978).

¹⁷⁵SARTORI, Giovanni. “Constitutionalism: a preliminary discussion”. In: **American Political Science Review**. Dezembro, 1962. pp. 853-864. Republicado em italiano em: SARTORI, Giovanni. “Costituzione”. In: **Elementi di Teoria Política**. Bologna: Il Mulino, 1987. pp. 11-24.

¹⁷⁶Cf. MATTEUCCI, Nicola. “Positivism giuridico e costituzionalismo” In: **Rivista Triestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1963, p. 985-1100. Republicado como: in: MATTEUCCI, Nicola. **Positivism Giuridico e Costituzionalismo**. Bologna, Il Mulino, 1995.

¹⁷⁷TROPER, Michel. “Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto”. In: **Materiali per una Storia della Cultura Giuridica**. ano XVIII, n. 1, 1988, p. 61-81. Republicado em: TROPER, Michel. “Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto”. In: TROPER, Michel. [1994] **Per una Teoria Giuridica dello Stato**. Napoli: Guida, 1998. pp. 191-214.

¹⁷⁸PRIETO SANCHÍS, Luís. [1997]. **Constitucionalismo y Positivismo**. 2ª ed. México: Fontamara, 1999.

¹⁷⁹PRIETO SANCHÍS, Luís. **Constitucionalismo y Positivismo**. Op.cit. p.93.

expressão foi utilizada pela primeira vez pela jurista genovesa Susanna Pozzolo em uma comunicação apresentada no *XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social*, realizado em Buenos Aires e La Plata, entre os dias 10 e 15 de agosto de 1997.¹⁸⁰ Pouco tempo depois, Pozzolo publica o livro intitulado *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico* (2001),¹⁸¹ fornecendo as bases para o largo uso que se faria do vocábulo. Em ambos os trabalhos, a autora usa a expressão para indicar “uma série de posições teóricas – defendidas por alguns autores representativos de certo modo de enfocar o direito [Robert Alexy, Carlos Nino e Gustavo Zagrebelsky] – que estavam delineando-se e definindo-se”.¹⁸² Com a palavra Neoconstitucionalismo, Pozzolo procura identificar “uma perspectiva jusfilosófica que se contrapunha explicitamente àquela juspositivista e que, ao mesmo tempo, tratava de diferenciar-se da oposta e mais tradicional posição jusnaturalista”.¹⁸³ A expressão depois foi usada amplamente por outro teórico genovês, Mauro Barberis, que também a compreendeu no sentido de designar uma teoria ou doutrina do direito intermediária ao positivismo jurídico e ao jusnaturalismo.¹⁸⁴ Todavia, é interessante salientar que os jusfilósofos genoveses usaram o termo para criticar os autores que haviam sido englobados nessa perspectiva teórica, e não para endossar suas teses.¹⁸⁵ Outro jusfilósofo genovês que contribuiu significativamente para o debate é Riccardo Guastini, o responsável pela elaboração de uma noção intimamente associado ao termo em voga: o conceito de “constitucionalização”.¹⁸⁶

Com o amplo uso subsequente do termo *Neoconstitucionalismo* – em especial, após a publicação da antologia de Carbonell (2003) – é possível observar

¹⁸⁰A comunicação foi publicada em um volume da Revista DOXA destinada ao Congresso: POZZOLO, Susanna. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”. In: **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Espanha: Alicante. n.º 21 – II, 1998, p. 339-353.

¹⁸¹ POZZOLO, Susanna. [2001] **Neoconstitucionalismo y Positivismo Jurídico**. Lima: Palestra Editores, 2011.

¹⁸² POZZOLO, Susanna. “Apuntes sobre ‘Neoconstitucionalismo’”. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro (Eds.). **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**. Vol.1. México.D.F: UNAM, 2015. p. 362.

¹⁸³ POZZOLO, Susanna. “Apuntes sobre ‘Neoconstitucionalismo’”. Op.cit. p. 362,363.

¹⁸⁴BARBERIS, Mauro. “Neoconstitucionalismo”. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n.º.7 - Jan/Jun. Vol.1. 2006, p. 19. Conferir também: BARBERIS, Mauro. **Filosofia del Diritto**. Un'introduzione storica. Bologna, Il Mulino.2000; BARBERIS, Mauro. **Breve Storia Della Filosofia del Diritto**. Bologna, Il Mulino,2004; e BARBERIS, Mauro. **Filosofia del Diritto**. Un'introduzione teórica. Torino, Giappichelli. 2003.

¹⁸⁵Por exemplo, Barberis sustenta que a “maior parte das teses neoconstitucionalistas [...] não é somente errada, mas desastrosamente errada”. (BARBERIS, Mauro. “Neoconstitucionalismo”. Op.Cit.p.24)

¹⁸⁶ BARBERIS, Mauro. “Neoconstitucionalismo”. Op.Cit.p.19. Cf. GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. pp. 49-73.

uma “tendência de dilatar excessivamente o conceito de neoconstitucionalismo: estendendo o seu uso: pelas teorias das mesmas instituições teorizadas”, ou seja, dilatando-o para abranger tanto teorias quanto instituições.¹⁸⁷ Mesmo alguns jusfilósofos genoveses acabaram por se utilizar do vocábulo nesse sentidoluto, tais como Paolo Comanducci, também da escola genovesa, e Tecla Mazzarese, de Brescia.¹⁸⁸ É exatamente o que acontece quando nos atentamos ao uso que Barroso faz para designar tanto transformações no âmbito do direito positivo (expansão da jurisdição constitucional, por exemplo) quanto teorias do direito que procuram dar conta de tais transformações (pós-positivismo). Diante dessa imprópria ampliação semântica, Mauro Barberis aponta a necessidade de se operar uma redefinição do termo neoconstitucionalismo. Para o teórico de Gênova, a expressão não deveria ser utilizada para designar conjuntamente doutrinas e instituições como ocorre tradicionalmente com a noção de “Constitucionalismo”,¹⁸⁹ mas apenas doutrinas: “em especial a teoria ou doutrina do direito, intermediária ao jusnaturalismo e juspositivismo, pela qual entre direito e moral existiria uma interligação necessária, ainda que limitada aos Estados constitucionais”.¹⁹⁰ Quando analisamos o sentido alargado da expressão, notamos que “Estado Constitucional” é uma expressão capaz de indicar “justamente as instituições as quais muitos se referem com o mesmo termo

¹⁸⁷ BARBERIS, Mauro. “Neoconstitucionalismo”. Op.Cit.p. 21.

¹⁸⁸ COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un analisis metateorico”. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. pp.75-98; MAZZARESE, Tecla. “Towards a Positivist Reading of Neo-Constitutionalism”. In: **Jura Gentium**. Vol.4. Nº1. pp.1-11.

¹⁸⁹Segundo Barberis: “O termo ‘neoconstitucionalismo’, empregado com frequência especialmente no debate filosófico-jurídico, remete evidentemente a ‘constitucionalismo’, termo por sua vez usado para indicar ao menos três coisas distintas, ainda que conectadas entre si. Em um primeiro sentido, muito amplo, ‘constitucionalismo’ remete ao antigo ideal de governo das leis, ou melhor, do Direito; em um segundo sentido, mais estrito, designa a tradição própria dos séculos XVIII e XIX deste modelo na ideia de Constituição como instrumento para limitar o poder político; em um terceiro sentido – estritíssimo, e não de todo adequado – indica (a doutrina do) o Direito constitucional”. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 259,260).

¹⁹⁰Como aponta Barberis, segundo o entendimento de alguns neoconstitucionalistas – não é o caso das últimas formulações das teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, registre-se – “a tese juspositivista da separabilidade entre direito e moral valeria no máximo para o direito do Estado legislativo do século XIX: direito cuja fonte principal, se não única, era a lei. A mesma tese não valeria mais, ao contrário, para o Estado constitucional do século XX, onde não apenas a fonte principal do direito é a constituição, mas a totalidade do direito é constitucionalizada, refreada por princípios e valores constitucionais”. (BARBERIS, Mauro. “Neoconstitucionalismo”. Op.Cit.p.21). Essa é a compreensão defendida tanto por Barroso quanto por Bonavides – e pela quase totalidade de obras neoconstitucionalistas publicadas no Brasil. As teses de Dworkin e Alexy são bem mais profundas e se referem à própria natureza do Direito (independentemente do modelo de Estado) e não a uma inadequação do juspositivismo como teoria diante da constitucionalização dos princípios.

‘neoconstitucionalismo’: termo, portanto, que pode ser reservado às simples doutrinas”.¹⁹¹

Assim sendo, é preciso fazer uma distinção entre as transformações que ocorreram no âmbito do direito positivo no decorrer da segunda metade do século XX, inicialmente em alguns ordenamentos jurídicos europeus, (fenômeno jurídico – linguagem-objeto) das teorias do direito que procuram explicar e operacionalizar tais transformações no âmbito doutrinário (teoria do direito – metalinguagem). Se utilizamos a expressão “constitucionalismo” para designar de modo unitário uma tradição institucional e doutrinal da limitação jurídica do poder, os termos “novo constitucionalismo” e “neoconstitucionalismo” podem ser utilizados para indicar o recente desenvolvimento do “constitucionalismo”, nos planos institucional e doutrinal, respectivamente.¹⁹² Já os termos “Estado Constitucional” e “novo constitucionalismo” podem ser utilizados para se referir às mudanças institucionais ocorridas no fenômeno jurídico sem maiores problemas,¹⁹³ enquanto o termo “Neoconstitucionalismo” pode ser ressignificado para se referir novamente apenas às teorias antipositivistas e não-jusnaturalistas do direito desenvolvidas no pós-guerra.¹⁹⁴ Se aceitarmos tal proposta semântica de redefinição do sentido dos termos, quando falarmos em *novo constitucionalismo* estaremos nos referindo às transformações institucionais que resultaram no advento do Estado Constitucional e, diferentemente, quando falarmos em *Neoconstitucionalismo* estaremos indicando um conjunto de teorias ou doutrinas que supostamente melhor explicam o direito positivo contemporâneo.¹⁹⁵

¹⁹¹BARBERIS, Mauro. “Neoconstitucionalismo”. Op.Cit.p.21.

¹⁹²BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**: Sul nuovo costituzionalismo. Modena: Mucchi Editore, 2012. Epub edition. posição.8.

¹⁹³Segundo o autor: “Mas usos de ‘neoconstitucionalismo’ para indicar qualquer progresso recente do constitucionalismo são muito genéricos: dispõe-se de termos muito mais específicos – como ‘Estado constitucional’ – para indicar os mesmos progressos. Mesmo por isso ‘neoconstitucionalismo’ é usado aqui somente no significado de teoria ou doutrina”. (BARBERIS, Mauro. “Neoconstitucionalismo”. Op.Cit.p. 22).

¹⁹⁴Para Barberis: “O neoconstitucionalismo, nesse significado, propõe-se como uma alternativa mais atraente em relação ao jusnaturalismo e ao juspositivismo. Em relação ao jusnaturalismo, como já foi dito, o neoconstitucionalismo oferece uma solução positiva – a constituição, o Estado constitucional – ao antigo problema da lei injusta; em relação ao juspositivismo, o neoconstitucionalismo se apresenta como uma ‘superação’ da tese juspositivista da separabilidade entre direito e moral, a tese que seria válida no Estado legislativo, mas não no Estado constitucional. O neoconstitucionalismo, efetivamente, gira em torno da tese da conexão necessária entre direito e moral [em especial] no Estado constitucional”. (BARBERIS, Mauro. “Neoconstitucionalismo”. Op.Cit. p.22).

¹⁹⁵Acerca da distinta origem de tais palavras, nota-se que, ao longo dos últimos vinte anos, apareceram na literatura jurídica internacional ao pelo menos duas novas expressões derivadas do “constitucionalismo”: em Inglês, a expressão *new constitutionalism* para denotar os processos de redemocratização e o advento das constituições ocidentais da metade do século passado (Cf. HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**. The Origins and Consequences of New Constitutionalism. Cambridge (Mass.), Harvard U.P., 2003; HIRSCHL, Ran. [2006] “O novo constitucionalismo e a

Por conseguinte, se Barroso se vale da expressão “pós-positivismo” exatamente para indicar o marco filosófico daquilo que ele entende por Neoconstitucionalismo (como apontado anteriormente), e se adotarmos essa ressignificação operada por Barberis, os termos *Neoconstitucionalismo* e *Pós-positivismo* passam a designar a mesma coisa: uma série heterogênea de teorias do direito que são reunidas sob determinado rótulo para se representar uma mesma perspectiva filosófica.¹⁹⁶

No presente estudo será adotada tal ressignificação de sentido do vocábulo Neoconstitucionalismo. Tal ressignificação será de fundamental importância mais à frente, no terceiro capítulo, quando se apontará que muitas das críticas feitas por Bonavides e Barroso, bem como vários outros autores brasileiros, ao positivismo jurídico se desfazem – ou seja, tornam-se sem sentido – quando tal desambiguação é levada a cabo.

Entretanto, é preciso deixar assentado que realizar essa distinção conceitual entre fenômeno jurídico e discurso teórico-doutrinário – seja ele de caráter explicativo ou de caráter orientativo – não deve levar o leitor a concluir uma absoluta separação fática entre estas coisas. Isto, pois, o discurso doutrinário não é algo que paira no vazio, é um discurso que versa sobre o direito positivo. Por sua vez, o discurso doutrinário muitas vezes influencia, na prática, tanto o legislador na criação parlamentar do direito positivo, quanto a aplicação/criação jurisdicional do direito pelos juízes. Assim sendo, o fenômeno jurídico – complexo de discursos e práticas que compõem direito positivo – é uma realidade distinta dos discursos teóricos (descritivos ou prescritivos) sobre essa realidade, mas ambos podem se influenciar reciprocamente – como de fato muitas vezes se influenciam na vida cotidiana.

Vejamos agora como podemos compreender melhor alguns termos usados até o momento a partir dos autores genoveses. Em especial, expressões como: (a)

judicialização da política pura no mundo”. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 251, maio/ago, 2009, p.139-175; ROESLER, Shannon. “Permutations of Judicial Power: the New Constitutionalism and the Expansion of Judicial Authority”. In: **Law and Social Inquiry**, n.32, 2007, pp. 545-575); o vocábulo *neoconstitucionalismo*, diferentemente, se originou nas línguas latinas para se falar acerca da filosofia do direito do Estado Constitucional. (Cf. POZZOLO, Susanna. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”. In: **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Espanha: Alicante. n.º 21 – II, 1998, p. 339-353).

¹⁹⁶Mauro Barberis usa explicitamente os dois termos como sinônimos: “Todos os neoconstitucionalista, por outro lado, consideram as relações entre direito-moral o problema principal que uma filosofia pós-positivista ou neoconstitucionalista deve enfrentar”. (BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**: Sul nuovo costituzionalismo. Modena: Mucchi Editore, 2012. Epub edition. posição 14).

constitucionalização do ordenamento jurídico; (b) *novo constitucionalismo* e *Estado Constitucional*; (c) e *Neoconstitucionalismo*.

(a) O que podemos entender por “constitucionalização do ordenamento jurídico”? Riccardo Guastini¹⁹⁷ afirma que até aquele momento (2003) a expressão não era “de uso comum na linguagem dos juristas e não se pode dizer que tenha um significado unívoco e permanente. Portanto, se impõe uma aclaração conceitual preliminar”.¹⁹⁸ O autor aponta que, às vezes, se fala em constitucionalização para se referir à “introdução de uma primeira Constituição escrita em um ordenamento que carecia dela anteriormente”.¹⁹⁹ Todavia, esse sentido não teria qualquer relevância para o debate que está em análise neste estudo. Acolhendo uma sugestão de Louis Favoreu, Guastini propõe que a noção de constitucionalização deve ser compreendida como “um processo de transformação de um ordenamento ao fim do qual o ordenamento em questão resulta totalmente ‘impregnado pelas normas constitucionais’”.²⁰⁰ Assim, um ordenamento jurídico constitucionalizado seria caracterizado “por uma Constituição extremamente invasora, intrometida (*pervasiva, invasora*), capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinal da ação dos atores políticos, assim como as relações sociais”.²⁰¹

Guastini entende que o sentido proposto é mais sugestivo do que preciso e, por isso, apresenta uma lista de “condições de constitucionalização” – de forma que, “quando todas as condições da lista estejam satisfeitas, o ordenamento jurídico de que se trate estará completamente ‘impregnado’ pelas normas constitucionais”.²⁰² No entender do jusfilósofo genovês, o conceito de constitucionalização não poderia ser aplicado de modo bipolar (verdadeiro/falso), “de forma que um ordenamento unicamente possa estar constitucionalizado ou não estar de modo absoluto, sem qualquer ponto intermediário”.²⁰³ Trata-se de uma questão de grau, “no sentido de que um ordenamento pode estar mais ou menos constitucionalizado” e isto dependeria “de quantas ou quais condições de constitucionalização estejam satisfeitas no seio

¹⁹⁷ GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. pp. 49-73; O autor salienta que uma versão em francês deste ensaio foi apresentada no XV Congresso Internacional de Direito Comparado (Bristol, 1998), na sessão coordenada por Luis Favoreu, com o tema “A constitucionalização do ordenamento jurídico”.

¹⁹⁸ GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento...”. Op.cit. p. 49.

¹⁹⁹ GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento...”. Op.cit. p.49.

²⁰⁰ GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento...”. Op.cit. p.49.

²⁰¹ GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento...”. Op.cit. p.49.

²⁰² GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento...”. Op.cit. p.50.

²⁰³ GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento...”. Op.cit. p.50.

daquele ordenamento”.²⁰⁴ Para Guastini, haveria, ao menos, sete “condições de constitucionalização”, quais sejam: i) uma Constituição rígida; ii) a garantia jurisdicional da Constituição; iii) a força vinculante da Constituição; iv) a sobreinterpretação da constituição; v) a aplicação direta das normas constitucionais; vi) a interpretação conforme das leis; vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas.²⁰⁵

(b) Em continuidade, podemos indagar: o que devemos entender pelo uso da expressão “Estado Constitucional”? O sentido básico do vocábulo proposto anteriormente, por meio de um processo de ressignificação, consiste em ser a faceta institucional do constitucionalismo pós-bélico (âmbito do fenômeno jurídico). Se seguirmos a noção de “constitucionalização” proposta por Guastini, temos de concluir, necessariamente, que o “Estado Constitucional” é aquela forma de organização política que passou por uma transformação que, ao fim, ocasionou a produção de um ordenamento jurídico totalmente impregnado pelas normas constitucionais, ou seja, um Estado em que praticamente todas as “condições de constitucionalização” elencadas pelo autor estejam satisfeitas (lembrando que se trata de uma questão de grau). Esse sentido da expressão “Estado Constitucional” pode ser tomado como correto ou aceitável, ao menos para a finalidade deste estudo. Em verdade, as características da concepção de “Estado Constitucional” apresentada por Luís Roberto Barroso como uma nova forma de organização política que constitui o marco histórico do Neoconstitucionalismo são compatíveis com a noção aqui derivada do estudo de Riccardo Guastini.²⁰⁶ Todavia, a fim de detalhar um pouco mais o que devemos compreender por tal expressão, faremos a seguir uma breve reconstrução do sentido atribuído a tal termo por Mauro Barberis, conforme a obra *Stato Costituzionale: Sul nuovo costituzionalismo* (2012).²⁰⁷

²⁰⁴ GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento...”. Op.cit. p.50.

²⁰⁵ GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento...”. Op.cit. p.50-58. De modo mais simples, Mauro Barberis propõe o seguinte sentido para a expressão: “‘Constitucionalização’ significa aqui, [...], a adequação do direito infraconstitucional aos princípios constitucionais: adequadamente perseguido, como ideal regulativo nunca inteiramente realizado, pela doutrina, pela jurisprudência e pelo legislador ordinário. Desde os anos sessenta, de fato, as várias doutrinas nacionais também começaram a reinterpretar a lei pré-constitucional à luz dos princípios constitucionais; os diferentes subsistemas de qualquer sistema jurídico – civil, penal, administrativo, e seus sub-subsistemas ulteriores – foram reinterpretadas e re-sistematizadas como muitas aplicações de tais princípios”. (BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale: Sul nuovo costituzionalismo**. Modena: Mucchi Editore, 2012. Epub edition. Posição 13).

²⁰⁶ GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento...”. Op.cit. p.50-58.

²⁰⁷ BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale: Sul nuovo costituzionalismo**. Modena: Mucchi Editore, 2012. Epub edition.

Visando conferir um mínimo de ordem à Babel conceitual que constitui a narrativa contemporânea do constitucionalismo do último meio século, Barberis sustenta em sua obra *Stato Costituzionale* que a noção de Estado Constitucional possui três importantes dimensões: uma dimensão *jurídica*, uma *política* e uma *moral*. Tais dimensões seriam, respectivamente, o *novo constitucionalismo*, a *democracia constitucional* e o *pluralismo de valores*.²⁰⁸ De acordo com a síntese conclusiva do próprio autor, como dimensão jurídica do Estado Constitucional, o *novo constitucionalismo* representa “os enfoques prevalecentes (*indirizzi prevalenti*) no direito globalizado”; enquanto dimensão política, a *democracia constitucional* representa “as principais restrições que são dadas atualmente à política ocidental”; e o *pluralismo de valores* consistiria na “representação mais confiável do universo ético típico de sociedades abertas contemporâneas”.²⁰⁹

O conjunto de tais dimensões evidencia um novo papel aos juristas: se no Estado Legislativo questões jurídicas eram empiricamente separadas de problemas morais, hoje as Constituições vistas como documentos jurídicos com caráter normativo fazem apelos a “valores éticos generalíssimos, e os juristas são continuamente chamados a intervir em questões éticas muito delicadas”.²¹⁰ Para o teórico genovês, na divisão do trabalho típica do Estado Legislativo, a menos que fossem convertidos pelo soberano político (autocrático ou democrático) em regras jurídicas, os valores eram considerados juridicamente irrelevantes. O Estado Constitucional do novo constitucionalismo introduz, entre os valores éticos e as regras jurídicas, os princípios constitucionais: “normas genéricas como os valores, mas capazes de orientarem a produção legislativa de regras em primeiro lugar e de permitirem o controle judicial posteriormente”.²¹¹

A dimensão jurídica do Estado Constitucional seria o *novo constitucionalismo*. Novo constitucionalismo (*new constitutionalism*) é uma expressão que surgiu nos últimos vinte anos para se referir ao “desenvolvimento europeu e global do constitucionalismo norte-americano”, em particular, às “constituições promulgadas na Europa e no resto do mundo desde o fim da II Guerra Mundial”.²¹² Para Barberis, seria possível destacar três aspectos distintivos que possibilitariam uma tecnicização da

²⁰⁸BARBERIS, Mauro. *Stato Costituzionale*. Op.Cit. posição 34.

²⁰⁹BARBERIS, Mauro. *Stato Costituzionale*. Op.Cit. posição 34.

²¹⁰BARBERIS, Mauro. *Stato Costituzionale*. Op.Cit. posição 7.

²¹¹BARBERIS, Mauro. *Stato Costituzionale*. Op.Cit. posição 33.

²¹²BARBERIS, Mauro. *Stato Costituzionale*. Op.Cit. posição 10.

expressão. O *primeiro* aspecto seria o recurso aos “direitos” (humanos/fundamentais; *rights*) que passaram a ser incorporados nos textos constitucionais e documentos internacionais.²¹³ O *segundo* aspecto seria a judicialização (*judicialization*), entendida como “passagem dos poderes normativos dos órgãos políticos para órgãos jurídicos”, sendo que tal passagem pode ocorrer de dois modos distintos: (i) por *delegação* intencional do constituinte ou do legislador; ou (ii) por *deslocamento*, “efeito não intencional de atos intencionais ativos ou omissões dos mesmos órgãos”.²¹⁴ Por fim, o *terceiro* aspecto distintivo do novo constitucionalismo seria sua propagação supranacional (processo também verificado por *delegação* ou *deslocamento* de poderes normativos), significando a transmissão de poderes – com a aquiescência dos Estados – às organizações e juízes supranacionais mediante a celebração de tratados.²¹⁵ Entretanto, a maior novidade do *novo constitucionalismo* não estaria na judicialização – muito enfatizada pela literatura norte-americana – e sim no fenômeno da *constitucionalização* do direito entendida como três processos: (i) redação de documentos constitucionais; (ii) atribuição de classificação constitucional a documentos que não possuem tal *status*; (iii) e, sobretudo, adequação do direito infraconstitucional ao direito constitucional.²¹⁶

Quanto à dimensão política, Barberis destaca que as expressões *Estado Constitucional* e *democracia constitucional* foram cunhadas na mesma época do constitucionalismo para enfrentar o mesmo problema: “o totalitarismo, como patologia típica da democracia do século XX”.²¹⁷ Para o autor, filósofos políticos e cientistas políticos contemporâneos opõem *democracia constitucional* a *democracia*

²¹³BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 10. Cf. FERRARI, Giuseppe Franco. **Le Libertà**. Profili comparatistici. Torino: Giappichelli, 2011; CUBEDDU, Raimondo. “Dai diritti naturali al diritti umani”. In: SCIACCA, Fabrizio. (a cura di). **La Libertà in Occidente**. Soveria Mannelli (cz): Rubbettino, 2011. pp. 9-39; CHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. “Proportionality and The Culture of Justification”. In: **The American Journal of Comparative Law**. Vol.59, No.2, spring, 2011. pp. 463-490.

²¹⁴BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 11. Basta pensar no famoso caso de Marbury vs. Madison (1803): um tribunal delegado de exercer o poder judicial comum é adequado e de avaliação judicial com a aquiescência do legislador. Cf. TROPER, Michel. “Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist fallacy”. In: **I.Con**. Vol.3, Nº 1. 2005. pp.24-38. BARBERIS, Mauro. “Knowledge, evaluation and interpretation in an evolutionary theory of law”. In: **Analisi e Diritto**. 2010, pp. 257-270.

²¹⁵BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 10. Nesse sentido, ver o caso extremo da sentença proferida pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no caso *Van Gend and Loos* em 05 de fevereiro de 1963, disponível em: <http://migre.me/vXav1>. Acessado em 28.01.2017.

²¹⁶BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 12.

²¹⁷BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 17. Cf. SCHIMITT, Carl. [1927] **La Tiranía de los Valores**. Buenos Aires: Hydra, 2009; FRIEDRICH, Carl Joachim. **Der Verfassungsstaat der Neuzeit**. Berlin: Springer, 1953; LOEWENSTEIN, Karl. **Political Power and the Governmental Process**. Chicago: University of Chicago Press, 1957.

parlamentar do mesmo modo como os juristas opõem *Estado Constitucional* a *Estado Legislativo*. O Estado Legislativo, que dura das Revoluções Burguesas até o final da II Guerra Mundial, consiste em uma democracia parlamentar em que a soberania deixa de pertencer ao monarca e passa a pertencer ao povo, sendo exercida pelos parlamentares democraticamente eleitos. A Constituição característica do Estado Legalista não é rígida, mas flexível – modificável pela legislação ordinária –, diz-se que “o legislador produz livremente direito, na forma de leis gerais e abstratas e, em seguida, estas são implementadas discricionariamente pela administração pública e aplicada de modo vinculado pelos juízes”.²¹⁸ Nessa forma de Estado, eventuais declarações de direitos que exprimem valores morais ou princípios políticos não terão normatividade jurídica a menos que a lei ordinária do Parlamento a converta em regra jurídica.²¹⁹

O constitucionalismo pós-bélico se atentará precisamente a esta derrota política do Estado Legislativo diante dos totalitarismos (fascismo italiano; nazismo alemão; franquismo espanhol; salazarismo português), compreendendo que: “sem maiores garantias constitucionais, este deixa de proteger os direitos individuais e até a democracia”.²²⁰ Todavia, a promulgação de constituições rígidas, a incorporação constitucional de declarações de direitos e a adoção do controle judicial de constitucionalidade tornam-se condições necessárias, mas não suficientes, para se atingir essa forma mais evoluída de Estado de Direito que é o Estado Constitucional.

Para o jusfilósofo genovês, a condição fundamental é a “constitucionalização do direito”.²²¹ Sintetizando o argumento do autor, isto implica que o direito deixa de ser visto como meras regras advindas da legislação parlamentar (democracia parlamentar) e, conseqüentemente, os juízes passam a desempenhar um papel significativamente mais ativo na determinação do que consiste o direito em razão da normatividade dos princípios constitucionais (democracia constitucional). Segundo Barberis, isto significa que nesta quadra histórica – de Auschwitz até nossos dias – observamos a consolidação do *Estado Constitucional* enquanto *democracia*

²¹⁸BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 18 e 19.

²¹⁹BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 19. Cf. FIORAVANTI, Maurizio. Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo statuto alla costituzione. In: FIORAVANTI, Maurizio (ed.). **Il Valore della Costituzione**. L'esperienza della democrazia repubblicana. Roma-Bari: Laterza, 2009. pp. 3-40; BARTOLE, Sergio. “I principi costituzionali”. In: VIGNUDELLI, Aljs (a cura di) **Lezioni Magistrali di Diritto Costituzionale**. Modena: Mucchi, 2011. pp. 127-138.

²²⁰BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 20.

²²¹BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 22.

constitucional: trata-se de uma “organização juspolítica dotada de constituição rígida, garantida pelo controle de constitucionalidade, e cujo direito começa a constitucionalizar-se”, ou seja, cujo direito passa “a ser progressivamente irradiado por valores éticos formulados como princípios constitucionais”.²²²

Por fim, a dimensão moral do Estado Constitucional consistiria numa metaética do constitucionalismo. Barberis aponta que se a metaética se preocupa com a fundamentação da objetividade dos juízos práticos, esta tentativa poderia até mesmo ser considerada irrelevante para os juristas, pois “estes têm tentado sempre resolver problemas práticos, mesmo na ausência de garantias acerca da objetividade da solução”.²²³ Na linha de entendimento do autor, a “metaética do constitucionalismo delineada abaixo quer apenas reconstruir a relação entre os valores éticos, princípios constitucionais e regras jurídicas na interpretação constitucional”.²²⁴ Tal tarefa seria importante na medida em que, segundo os teóricos neoconstitucionalistas, “o novo constitucionalismo institui uma conexão entre regra jurídica e valores morais por meio dos princípios constitucionais”.²²⁵ É justamente nos princípios que se encontraria o centro da “discussão entre o neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: os neoconstitucionalistas tentando assimilá-los aos valores morais, e os juspositivistas tentando reduzi-los às regras jurídicas”.²²⁶

Por que se ocupar de valores e da metaética do constitucionalismo? Segundo o autor, não apenas porque os princípios constitucionais podem ser compreendidos como formulações jurídicas de valores éticos, mas sim porque “no discurso dos constitucionalistas os princípios funcionam como as avaliações no discurso ético”, por

²²²BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 21. Como ressalta Barberis: “*Nella letteratura corrente si tende a trarre conclusioni sempre più drastiche su questi processi (cfr. per tutti Bork 2002). I poteri normativi passerebbero da Parlamenti e governi legittimati democraticamente a un circuito di corti nazionali e internazionali prive di tale legittimazione; gli Stati stessi, protagonisti della vita politica e giuridica almeno dalla Pace di Westfalia, lascerebbero il posto alla confusione delle fonti, alla concorrenza delle giurisdizioni e alla diffusione dei poteri tipici del particolarismo medievale. Da questo punto di vista, lo stesso Stato legislativo, con le sue componenti essenziali - democrazia parlamentare e riduzione del diritto a legislazione - si rivelerebbe un’eccezione o una parentesi: la politica e il diritto avrebbero sempre funzionato diversamente prima, e tornerebbero a funzionare diversamente dopo, sicché lo Stato costituzionale sarebbe davvero un ritorno allo Stato giurisdizionale*”. (BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 23).

²²³BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 25. Cf. WALDRON, Jeremy. “The irrelevance of moral objectivity”. In: GEORGE, Robert. **Natural Law Theory**. Contemporary Essays. Oxford: Oxford University Press, 1992.pp. 158-187.

²²⁴BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 25.

²²⁵BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 25. Cf. NINO, Carlos Santiago. **Derecho Moral y Política**. Una revisión de la teoría general del Derecho. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 1994. p. 67. Em sentido contrário BARBERIS, Mauro. “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. pp. 259-278).

²²⁶BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 33.

serem tipicamente genéricos e requerem um processo de especificação.²²⁷ Ao contrário do que afirma o discurso dos valores no direito constitucional, as declarações de direitos humanos não constituiriam a base de um consenso quase universal que possa ser tido como argumento favorável à objetividade ética. Barberis destaca que as constituições pluralistas do Estado Constitucional e as declarações internacionais de direitos “são apenas catálogos de valores provenientes de tradições morais e políticas muito diversas”, isto é, “valores usualmente formulados como princípios constitucionais equiordenados, [...] não hierarquizados ou hierarquizáveis definitivamente”.²²⁸ Assim, “seria precipitado concluir pela objetividade dos valores constitucionais: a partir de uma mesma lista de valores, textos e áreas problemáticas diversas, podem-se realizar as mais diversas valorações”.²²⁹ Isto, pois, os “mesmos princípios constitucionais, além disso, são múltiplos e sempre potencialmente conflitantes, de modo que em caso de conflito devem ser balanceados ou ponderados”.²³⁰ Por tais motivos, o teórico genovês entende que a corrente metaética denominada pluralismo de valores consiste na representação mais confiável do universo ético típico de sociedades abertas contemporâneas, constituindo a dimensão moral distintiva do Estado Constitucional.

(c) Finalmente, indaga-se: o que podemos entender por “Neoconstitucionalismo”? Não uma composição de instituições e doutrinas, como já explicitado anteriormente, mas um conjunto heterogêneo de teorias antipositivistas e não-jusnaturalistas do direito desenvolvidas após a II Guerra Mundial. Todavia, ainda é possível realizar um aprofundamento de tal definição, apontando algumas características fundamentais de tal perspectiva teórica. Para tanto, continuamos perfilhando as considerações de Mauro Barberis em *Stato Costituzionale*. Para o jusfilósofo genovês, o neoconstitucionalismo – entendido como “filosofia do direito ulterior ao jusnaturalismo e juspositivismo, e que possui como objeto principal, ainda que não exclusivo, o direito constitucionalizado”²³¹ – possui duas fontes principais, uma doutrinal e outra institucional, e três teses características.

²²⁷BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 28.

²²⁸BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 28. Ainda: “*Il legislatore che applica questi principi costituzionali, e il giudice costituzionale che ne controlla l'applicazione legislativa, li possono gerarchizzare in modi diversi, ricavandone regole assai differenti: benché, per fortuna, ogni giurisprudenza costituzionale formi presto propri precedenti, e ogni dottrina costituzionale proprie tradizioni interpretative*” (BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 28).

²²⁹BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 28.

²³⁰BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 27.

²³¹BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 12.

Quanto às duas fontes do neoconstitucionalismo, a fonte doutrinal consiste ‘na discussão entre Herbert Hart, principal herdeiro novecentista do juspositivismo inglês, e Ronald Dworkin, herdeiro da tradição constitucionalista estadunidense, assim como seus respectivos seguidores’.²³² Já a fonte institucional “é representada pela reflexão sobre o *new constitutionalism* e em particular sobre o processo de constitucionalização” anteriormente apontado, tendo o *neoconstitucionalismo* se centrado na Europa e na América Latina.²³³ Em ambas as fontes, no entanto, seria possível perceber três teses características do *neoconstitucionalismo*. Estas dizem respeito “às relações entre direito e moral; à teoria da norma jurídica; e à teoria do raciocínio jurídico”.²³⁴

A *primeira* tese característica do neoconstitucionalismo versa sobre a relação entre direito e moral, sendo denominada pelo autor como *Tese da conexão* entre direito e moral: ‘regras jurídicas e valores morais estariam conectados por meio dos princípios constitucionais’.²³⁵ Barberis explica a tese do seguinte modo: ao contrário do Estado Legislativo que relegava a moral a um lugar externo ao direito positivo, o Estado Constitucional, por meio dos princípios constitucionais, teria incorporado valores morais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a solidariedade, etc. Os teóricos neoconstitucionalistas divergem quanto aos modos desta incorporação: ‘alguns acreditam em uma conexão necessária, válida para qualquer direito, outros, apenas contingente, exclusiva do direito constitucionalizado’.²³⁶ Todavia, todos os neoconstitucionalistas “consideram as relações entre direito e moral o problema principal que uma filosofia pós-positivista ou neoconstitucionalista deve enfrentar”.²³⁷

A segunda tese característica do neoconstitucionalismo seria relativa à teoria da norma jurídica consistindo numa distinção *forte* – estrutural e dicotômica – entre regras e princípios: “classes de normas mutuamente exclusivas e conjuntamente

²³²BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 14. Conferir: SHAPIRO, Scott. “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”. In: **Michigan Law**. University of Michigan. Public Law Working Paper No. 77. March. 2007. pp.1-55; SOPER, Philip E. “Legal theory and the obligation of a judge: the Hart/Dworkin dispute”. In: **Michigan Law Review**, Michigan, n. 75, 1976-1977. pp. 473-519; RODRÍGUEZ, César. **La Decisión Judicial**: el debate Hart-Dworkin. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997; LEITER, Brian. “Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodological problem in jurisprudence”. In: **American Journal of Jurisprudence**, v. 48, 2003. pp. 17-51.

²³³BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 14.

²³⁴BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 14.

²³⁵BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 14.

²³⁶BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 14.

²³⁷BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 14.

exclusivas”.²³⁸ Segundo o teórico de Gênova, essa tese afirma que as regras seriam prescrições hipotéticas (‘Se x, então deve seguir a consequência y’; tal como: ‘Se alguém comete um homicídio; então deve-se aplicar a pena criminal de reclusão’); e os princípios, por sua vez, seriam normas jurídicas com premissas abertas ou mesmo sem premissa (‘A vida é inviolável’; ‘Todos os homens são iguais’). Segundo Barberis, essa tese foi desenvolvida por Ronald Dworkin em 1977²³⁹ e, em que pese ter sido abandonada pelo autor em 1986,²⁴⁰ foi retomada por Robert Alexy (1985)²⁴¹ e Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero(1996)²⁴². Entretanto, Barberis afirma que, atualmente, esta tese foi refutada – por motivos distintos – tanto por alguns juspositivistas como Ferrajoli²⁴³ quanto por neoconstitucionalistas como Garcia Figueroa.²⁴⁴ O teórico genovês sustenta que a maioria dos teóricos, atualmente, defende uma distinção *fraca* (funcional e dicotômica): as mesmas disposições poderiam ser interpretadas tanto como regras quanto como princípios, dependendo do fato de serem aplicadas dedutivamente a condutas ou de serem usadas para se extrair outras regras.²⁴⁵

Por fim, a terceira tese característica do neoconstitucionalismo seria relativa ao raciocínio jurídico ou à teoria da argumentação jurídica. Tal tese – inicialmente proposta por Alexy (1985)²⁴⁶ – consistiria numa específica forma de distinção entre *dedução* e *ponderação*. A primeira seria o tipo de aplicação exclusivamente das regras jurídicas e a segunda, o tipo de aplicação exclusivamente dos princípios jurídicos. Contudo, Barberis ressalta que atualmente Alexy ²⁴⁷ não admite mais a exclusividade desta distinção e que “na maior parte do raciocínio judicial chamado nos Estados Unidos de *balancing*, na Alemanha de *Abwägung*, primeiro se pondera ou balanceia princípios, obtendo-se regras, aplicando-se dedutivamente em seguida estas

²³⁸BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 14.

²³⁹ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. Ressalte-se que o clássico ensaio “The Model of Rules” – que compõe o livro – já havia sido publicado anteriormente na **University of Chicago Law Review** (Vol.35): Iss.1 , Article 3. 1967. pp.14-46).

²⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

²⁴¹ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden, 1985.

²⁴² ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Las Piezas del Derecho**: Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996.

²⁴³ FERRAJOLI, Luigi. [2010] “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N.34, 2011. pp. 15-53.

²⁴⁴ GARCIA FIGUEROA, Alfonso. **Criaturas de la Moralidad**. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos. Madrid, Trotta, Madrid, 2009.

²⁴⁵BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 15. Cf. ALEXY, Robert. **Theorie Der Grundrechte**. Baden-Baden, 1985.

²⁴⁶BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 15.

²⁴⁷ ALEXY, Robert. “On balancing and subsumption. A structural comparison”. In:**Ratio Iuris**, n. 16, 2003, pp.433-449.

últimas”.²⁴⁸ Em outras palavras, o positivismo jurídico é acusado de defender a tese de que o raciocínio de aplicação do direito se esgota com a dedução (silogismo judicial tradicional), enquanto os neoconstitucionalistas estariam afirmando – ao menos conforme a leitura de Barberis – que o raciocínio jurídico se esgota na ponderação. Todavia, o autor conclui que “dedução e ponderação são, na realidade, complementares”.²⁴⁹

A conclusão do jusfilósofo genovês é a seguinte:

O neoconstitucionalismo se apresenta frequentemente como a teoria do direito do Estado constitucional, em oposição ao juspositivismo como teoria do Estado legislativo: apresentação que talvez enfatize excessivamente a diferença entre dois tipos de direito, excluindo a possibilidade de uma teoria geral válida para ambos. Entendida como teoria apenas do direito do Estado constitucional, no entanto, o neoconstitucionalismo teve o mérito de levantar alguns dos problemas mais urgentes para a filosofia do direito contemporânea; entendida como teoria geral do direito, ao contrário, é provável que os mesmos problemas possam ser generalizados e resolvidos diversamente por uma forma mais refinada e experiente de teoria geral: o juspositivismo metodológico, distinto do juspositivismo teórico do Estado legislativo. [...]

Recapitulando: ‘constitucionalismo’ indica uma mistura de instituições e doutrinas relativas à limitação jurídica do poder, ‘novo constitucionalismo’ as constituições ocidentais do último meio século, ‘neoconstitucionalismo’ a filosofia do direito constitucionalizado. Esta reconstrução de sentido das três expressões é obviamente questionável; além disso, até mesmo a novidade do novo constitucionalismo o é: nos Estados Unidos e em muitos países latino americanos, afinal, constituições rígidas e garantistas vigoram há dois séculos. Esta reconstrução vem aqui proposta apenas como um conjunto de redefinição: possíveis precisões dos sentidos de expressões que também possuem outros.²⁵⁰

Tendo aclarado um pouco mais o sentido dos termos *constitucionalização do direito*, *Estado Constitucional* e *Neoconstitucionalismo*, chegamos ao fim do primeiro capítulo deste estudo. O objetivo desta primeira parte foi desenvolver uma análise metateórica de um discurso teórico-constitucional que sustenta a superação do positivismo jurídico como teoria do direito e compreender os motivos para se afirmar tal obsolescência. Para tanto, foi realizada uma reconstrução analítica dos argumentos desenvolvidos por dois constitucionalistas brasileiros, Paulo Bonavides e

²⁴⁸BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 15.

²⁴⁹BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 15. Cf. LYNETT, Eduardo Montealegre *et. alii.* (Comp.). **La Ponderación en el Derecho**. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

²⁵⁰BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**. Op.Cit. posição 16 e 17.

Luís Roberto Barroso, que contribuíram significativamente para a consolidação desse discurso teórico no território brasileiro, visando compreender o sentido que tais autores atribuem aos termos *Neoconstitucionalismo* e *Pós-positivismo*. Ao final, realizou-se uma incursão na doutrina internacional (em especial, na esfera da jusfilosofia italiana) afim de compreender o surgimento do termo *Neoconstitucionalismo*, seu sentido inicial e a necessidade de ressignificar tal conceito visando torná-lo menos vago e problemático por meio de uma definição estipulativa.

Todavia, para verificar se a tese neoconstitucionalista da superação do positivismo jurídico pode ser tomada como verdadeira, teremos de analisar antes o que é realmente o positivismo jurídico. Este será o tema do próximo capítulo.

3 O POSITIVISMO JURÍDICO NA CONTEMPORANEIDADE: O QUE É ISSO AFINAL?

A meta da ciência é buscar a explicação mais simples de fatos complexos. Tendemos a incorrer no erro de pensar que os fatos são simples porque a simplicidade é o alvo de nossa busca. A máxima diretiva na vida de todo filósofo natural deveria ser: “Busque a simplicidade e desconfie dela”.

Alfred Whitehead

A descoberta de um erro em axiomas ou primeiros princípios baseados em fatos é como a quebra de um feitiço. Desaparecem com o castelo encontrado, a montanha escarpada, o lago flamejante. Os caminhos que conduzem à verdade, e que imaginávamos tão longos, tortuosos e difíceis, revelam-se como são: curtos, abertos e fáceis.

Henry Bolingbroke

O discurso neoconstitucionalista de superação do positivismo jurídico obteve ampla adesão dos juristas brasileiros teóricos e práticos e parece ter se consolidado como nova mentalidade jurídica no território nacional sob o epíteto de *pós-positivismo*. De fato, como reconhece Dimitri Dimoulis, no “debate das últimas décadas o positivismo jurídico encontra suspeição e rejeição” sendo recorrente o “emprego de expressões de desprezo contra o positivismo, que é apresentado como visão teoricamente ultrapassada e politicamente perigosa”.²⁵¹

Tanto no domínio da literatura jurídico-doutrinária quanto no âmbito da prática forense, não raro nos deparamos com afirmações do tipo: o positivismo jurídico “deixou de ser uma forma adequada de compreender o direito”,²⁵² constituindo um “retrocesso”,²⁵³ que o “velho positivismo ortodoxo vem abaixo, sofrendo golpes

²⁵¹DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p.45. De onde também se colheu boa parte das citações seguintes.

²⁵²BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.8.

²⁵³STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed.rev.mod.ampl.São Paulo: Saraiva, 2014., p. 76.

profundos e crítica lacerante”,²⁵⁴ constatando-se a “decadência positivista”²⁵⁵ e seu “fracasso político”.²⁵⁶ Rejeita-se a “pesada crosta de positivismo”,²⁵⁷ somos instados a “nos livrar das amarras do positivismo”,²⁵⁸ tendo em vista que na “idolatria formal-normativista [...] a vítima e o holocausto convivem em paz [...]”. A visão vazia dos olhos do positivista tornou-se uma conseqüência até certo ponto exótica e inesperada, da sua irremediável cegueira moral”.²⁵⁹ Os juspositivistas seriam aqueles juristas que se preocupam unicamente com o “invólucro” das normas e não com o seu conteúdo²⁶⁰ e que oferecem ensinamentos “desafiando até o bom senso”.²⁶¹ O positivismo jurídico seria uma “teoria frígida” que ignora os sentimentos inerentes à “natureza humana”, desprezando o “amor” que exprime o anseio de justiça.²⁶² Não raro, a crítica desenvolvida por tal discurso é acompanhada de uma exaltação à “sensibilidade” dos intérprete, sustentando que “o decisivo não é a lei, mas o homem”.²⁶³

A derrota do positivismo jurídico é afirmada categoricamente, mesmo que de modo retórico:

o modelo neoconstitucionalista teórico, que foi vitorioso ao positivismo – ao menos no Brasil –, permitiu a inversão do ônus, pois antes todos eram positivistas exclusivos, mas agora o positivismo exclusivo não é mais o modelo aceitável.²⁶⁴

Diante de tal cenário, talvez possa ser dito que escrever “sobre o positivismo jurídico, hoje em dia, [não passa de] um absurdo anacrônico”, pois estaríamos em um estágio de desenvolvimento cultural em que “o positivismo já teria esgotado sua função”.²⁶⁵ Para o jusfilósofo genovês Pierluigi Chiassoni isto se daria tanto em razão

²⁵⁴BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.Cit. p. 265.

²⁵⁵CHAMON JUNIOR, Lúcio Antonio. **Teoria Geral do Direito Moderno**. Por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 52.

²⁵⁶BARROSO, Luis Roberto. **Curso de...** Op.Cit. p.242.

²⁵⁷TORRES, Ricardo Lobo. “Introdução”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. xiii

²⁵⁸CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 139.

²⁵⁹PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema Jurídico**. Uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 66.

²⁶⁰BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação...** Op.Cit p. 249.

²⁶¹VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito e Força**. Uma visão pluridimensional da coação jurídica. São Paulo: Dialética, 2001. p. 18.

²⁶²VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 78.

²⁶³QUEIROZ, Paulo. “A hermenêutica como hoje a entendo”. In: **Boletim IBCCrim**, n. 145, p. 3, dez. 2004. p. 3.

²⁶⁴MOREIRA, Eduardo. **Neoconstitucionalismo**. A Invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008, p. 51.

²⁶⁵CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer del Positivismo Jurídico**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. p. 47.

da “decrepitude, que desfaz todas as coisas, materiais e espirituais” como também, e principalmente, dos “golpes implacáveis de competidores poderosíssimos – pense no interpretativismo (*interpretivism*) e no (neo)constitucionalismo principialista” os quais “tem feito do ‘não-positivismo’, ou bem do ‘pós-positivismo’, sua bandeira de batalha”.²⁶⁶

Questiona-se: a suspeição e a rejeição do positivismo jurídico como teoria ultrapassada podem ser tomadas como justificadas? O retrato do juspositivismo feito pelo neoconstitucionalismo (em particular, as imagens apresentadas por Paulo Bonavides e Luís Roberto Barroso, como visto no capítulo anterior) pode ser aceito como verdadeiro ou correto? Poderíamos decretar a morte do positivismo jurídico? Tais interrogações são fundamentais para se responder à pergunta principal deste estudo, qual seja: “*O positivismo jurídico encontra-se superado como teoria do direito no âmbito das democracias constitucionais contemporâneas?*”. Antes de podermos aceitar as críticas do neoconstitucionalismo como válidas e procedentes e tomar como verdadeira a tese da superação ou obsolescência atual do juspositivismo no contexto do Estado Constitucional, é necessário verificar o que realmente pode ser denominado por *positivismo jurídico*.

O jusfilósofo argentino Carlos Santiago Nino – adversário teórico do juspositivismo – reconhece que o termo “positivismo” é acentuadamente ambíguo, sendo usado, geralmente, sem muita cautela para se referir “a posturas diferentes que nem sempre têm relação entre si; ou que, em muitos casos, foram rejeitadas explicitamente por alguns autores considerados positivistas”, ou ainda para se referir a posturas que foram “apoiadas por outros juristas positivistas, mas não como parte essencial do positivismo por eles defendido”.²⁶⁷

Como ressalta Noel Struchiner, essa ambiguidade em torno da expressão “positivismo jurídico” é consideravelmente prejudicial para o desenvolvimento de um debate teórico que se pretenda honesto e que preze pela clareza:

Tal espécie de ambiguidade funciona como um obstáculo para a argumentação filosófica. O tipo de ambiguidade que envolve o rótulo geral classificatório “positivismo jurídico” é uma fonte de perplexidades. De nada adianta criticar alguém por ser um positivista

²⁶⁶CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...** Op.Cit. p.47.

²⁶⁷NINO, Carlos Santiago. [1973] **Introdução à Análise do Direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.34.

sem complementar tal afirmação indicando em que sentido ele é um positivista. Na falta de tal complementação, o rótulo existe em vão.²⁶⁸

Este será o intento do presente do capítulo: verificar o que realmente pode ser denominado por *positivismo jurídico*. Isto será feito em quatro passos, ou tópicos distintos: i) primeiramente, realizaremos uma investigação acerca das possíveis origens do vocábulo “positivismo jurídico” expondo e problematizando a tese etimológica mais aceita no âmbito doutrinário; ii) em seguida, será proposta uma distinção conceitual que possibilite perceber alguns equívocos resultantes da adoção da reconstrução do positivismo jurídico como corrente jusfilosófica unitária; (iii) tendo exposto os problemas advindos de uma reconstrução unitária, tentaremos compreender o conteúdo mínimo definitório do positivismo jurídico por meio da adoção de um enfoque analítico e desconstrutivo, verificando quais são as teses componentes de seu núcleo de sentido; (iv) por fim, faremos breves considerações sobre o desenvolvimento teórico do positivismo jurídico no último século, visando fornecer uma compreensão mínima de seu estado teórico na contemporaneidade.

3.1 UMA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: CONSIDERAÇÕES ETIMOLÓGICAS SOBRE A ORIGEM DO “POSITIVISMO JURÍCO”

Antes de adentrarmos em considerações mais profundas sobre o sentido mínimo do positivismo jurídico, é preciso realizar algumas esclarecimentos preliminares. A primeira delas consiste em enfatizar a diferença entre direito natural e jusnaturalismo e entre direito positivo e juspositivismo. No âmbito da filosofia do direito, as expressões direito positivo e direito natural são utilizadas para indicar os objetos, temas ou assuntos dos quais versam o jusnaturalismo e o juspositivismo. Se os primeiros podem ser concebidos como um conjunto de normas em sentido genérico (prescrições) – apenas conjecturalmente, para os fins desta distinção – os últimos constituem teorias ou doutrinas que afirmam proposições acerca de seus respectivos objetos. Assim, o jusnaturalismo pode ser concebido como a corrente teórica que afirma a existência do direito natural e analisa as possíveis relações existentes entre

²⁶⁸STRUCHINER, Noel. **Para Falar de Regras**. O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005. p.25,26.

o direito natural e o direito positivo. Por sua vez, o positivismo jurídico pode ser concebido – ao menos de modo preliminar – como sendo a corrente teórica que estuda a existência e a validade do direito positivo (das regras jurídicas e dos ordenamentos jurídicos). Desse modo, enquanto o direito natural e o direito positivo podem ser compreendidos como linguagem-objeto ou de primeiro nível, o jusnaturalismo e o juspositivismo seriam metalinguagens ou linguagens de segundo nível, exatamente por tomarem as primeiras como objeto de seu discurso. Esta distinção é importante para que não se confunda o objeto de estudo de uma teoria com ela mesma, ou seja, não devemos confundir o direito positivo com a corrente teórica que afirma proposições sobre ele.

A partir de tais considerações, podemos afirmar que o jusnaturalismo é uma corrente do pensamento jusfilosófico que afirma a existência de um direito superior ao direito positivo, ou seja, para além daquele direito convencionado entre os homens. Ao contrário do que às vezes se observa em um equivocado pensamento que permeia o ambiente jurídico, o jusnaturalista não acredita ou enfatiza unicamente a existência do direito natural, rejeitando-se a obrigatoriedade do direito positivo, mas, sim, é aquele que afirma: (a) a existência de um direito distinto e moralmente superior ao direito positivo (posto ou criado pelos homens); (b) que esse direito natural mantém certas relações com o direito positivo – sendo que o tipo dessas relações existentes entre ambas as formas de direito varia entre os autores jusnaturalistas.

Podemos dividir o jusnaturalismo em pelo menos duas perspectivas distintas (cada uma delas contando com diferentes teorias do direito natural), considerando o modo como cada perspectiva concebe essa relação entre o direito natural e o direito positivo: há uma versão *forte*, na qual a existência e a validade do direito positivo encontram-se subordinadas ao conteúdo moral do direito natural – esta perspectiva pode ser sintetizada no brocardo “*lex iniusta non est lex*”; e uma versão *fraca*, em que o direito natural constitui apenas uma lente ética que possui a função de possibilitar a avaliação da correção moral do direito positivo sem, contudo, afetar sua existência e sem retirar-lhe a validade.²⁶⁹ Portanto, frise-se, o direito natural não se confunde com

²⁶⁹Esta versão seria defendida, por exemplo, em FINNIS, John. [1980] **Natural Law and Natural Rights**. 2ed. New York: Oxford University Press, 2011. Sobre o tema, conferir: SIMON, Yves R. **The Tradition of Natural Law: A Philosopher's Reflections**. New York: Fordham University Press, 1992; GEORGE, Robert. **Natural Law Theory**. New York: Oxford University Press, 1994; VIGO, Rodolfo L. [2003] **El Iusnaturalismo Actual**. De M. Villey a J. Finnis. México D.F.: Coyoacán, 2007.

jusnaturalismo: o jusnaturalismo constitui uma corrente teórica (metalinguagem) que versa sobre o direito natural (linguagem-objeto).

Do mesmo modo, se o direito positivo pode ser compreendido como sendo o direito convencionado ou posto pelos homens em um determinado contexto – em uma determinada sociedade, em uma determinada localidade territorial e em um determinado tempo – (linguagem-objeto), o positivismo jurídico será a corrente teórica do pensamento jusfilosófico (metalinguagem) preocupada especificamente com a existência ou validade do direito positivo e com as relações existentes entre as normas jurídicas individuais e o ordenamento jurídico positivo. Se o juspositivismo está empenhado unicamente em conhecer e estudar o “direito positivo”, isso por sua vez não elimina a grande divergência existente entre os autores adeptos desta corrente de pensamento acerca do que se deve compreender por “direito positivo” (leis, costumes, decisões judiciais, etc). Também, se é possível afirmar que o direito positivo – entendido aqui de modo genérico como aquele direito convencionalmente estipulado por e entre os seres humanos – existe desde a Antiguidade (fenômeno jurídico), o mesmo não se pode dizer acerca do positivismo jurídico – entendido como sendo uma específica corrente jusfilosófica que teoriza sobre o direito positivo.

Segundo Norberto Bobbio, a “expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*”.²⁷⁰ Assim sendo, se desejamos compreender o significado do positivismo jurídico, em caráter preliminar, “é necessário esclarecer o sentido da expressão *direito positivo*”.²⁷¹ Como aponta o jusfilósofo de Turim, apesar de a distinção entre direito natural e direito positivo – ao menos quanto o conteúdo conceitual, ou seja, a contraposição entre a natureza (*physis*) e o convencional (*thésis*) – encontrar-se presente em toda a tradição do pensamento jurídico ocidental (grego e latino),²⁷² o uso da expressão “direito positivo” é encontrado pela primeira vez nos textos latinos medievais.²⁷³

²⁷⁰BOBBIO, Norberto. [1961] **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 15.

²⁷¹BOBBIO, Norberto. **O Positivismo**... Op.Cit. p.15.

²⁷²BOBBIO, Norberto. **O Positivismo**... Op.Cit. p.15. Basta aqui a lembrança da tragédia grega “Antígona” (Ἀντιγόνη) da trilogia tebana redigida por Sófocles por volta de 442 AC. Conferir: SÓFOCLES. **Antígona**. Trad. Donaldo Schüller. Porto Alegre: L&PM, 2006. Entretanto, sob uma perspectiva filosófica, é preciso salientar que a distinção entre direito natural e direito positivo (quanto ao conteúdo conceitual) também já se encontrava tanto em Platão como em Aristóteles.

²⁷³BOBBIO, Norberto. **O Positivismo**... Op.Cit. p.15.

Bobbio afirma que, segundo as investigações de Stephan Kuttner,²⁷⁴ o primeiro autor a se valer expressamente do termo *ius positum* para enfatizar a distinção entre um direito próprio da natureza das coisas de um direito convencionalmente produzido pelos humanos teria sido Pedro Abelardo (1079-1142) em sua obra *Dialogus Inter Philosophum, Judaeum et Christianum*, ao afirmar que o direito positivo é “aquele posto pelos homens” (*illud est quod ab hominibus positum*).²⁷⁵ Entretanto, o jusfilósofo de Turim salienta que as investigações posteriores de Sten Gagner²⁷⁶ demonstraram que Hugo de São Vitor (1096-1141) o precedeu em muitos anos ao usar a expressão *iustitia positiva* em seu *Didascalicon de studio legendi* (c.1137):²⁷⁷

Se Abelardo é o primeiro autor conhecido a empregar o termo *ius positivum*, Hugo de São Vitor o precedeu todavia em muitos anos com o uso da forma pouco diferente *iustitia positiva*. No seu *Didascalicon*, I.III, c. 2, composto por volta de 1130, ele escreve: *Ethicae inventor Socrates fuit, de qua XXIV libras secundum positivam iustitiam tradidit. Deinde Plato discipulus eius libras multas de republica secundum utramque iustitiam, naturalem scilicet et positivam conscripsit*. Em I. VI, c. 5 ele escreve analogamente: *In illa enim (tropologia) naturalis iustitia est, ex qua disciplina morum nostrorum, id est, iustitia positiva nascitur*. Essas duas passagens, especialmente a primeira, são importantes em mais de um aspecto. Em primeiro lugar, precedem em mais de uma dúzia de anos o primeiro emprego conhecido do termo “direito positivo”. Em segundo lugar oferecem uma sólida confirmação à sugestão de S. Kuttner sobre a origem do termo. Na verdade, as palavras *Plato ... multas libras ...secundum utramque iustitiam, naturalem scilicet et positivam, conscripsit* denunciam uma dependência do comentário de Calcidio, que era (...) a única obra mediante a qual os primeiros escolásticos entraram em contato direto com os escritos de Platão. Hugo fez amplo uso de tal Comentário em muitos de seus tratados e sobretudo no seu *Didascalicon*.²⁷⁸

²⁷⁴BOBBIO, Norberto. **O Positivismo**... Op.Cit. p.19. Ver KUTTNER, Stephan. "Sur les origines du terme *droit positif*". In: KUTTNER, Stephan. **The History of Ideas and Doctrines of Canon Law**. Vol. II. London, 1980 [Originalmente publicado em: **Revue Historique de Droit Français et Étranger**. n. 15, 1936, pp. 728-740].

²⁷⁵Literalmente: “*Oportet autem in his quae ad iustitiam pertinent, non solum naturalis, verum etiam positivae iustitiae tramitem non excedere. Jus quippe aliud naturale, aliud positivum dicitur ... Positivae autem iustitiae est quod ab hominibus institutum, ad utilitatem scilicet, vel honestatem tutius muniendum, aut sola consuetudine aut scripti nitur autocritate* (Patr. lat., 178, p. 1656)”. Apud BOBBIO, Norberto. **O Positivismo**... Op.Cit. p.19. Cf. ABELARD, Peter. [c.1079-1142] **Dialogus inter Philosophum, Judaeum et Christianum**. Stuttgart: Ed. R. Thomas. 1966. O conteúdo desta distinção está presente em Tomás de Aquino e sua classificação quaternária (*lex divina; lex aeterna; lex naturalis; lex humana*), que não chama a *lex humana* de “positiva” porque também a *lex naturalis* também seria positiva, segundo sua concepção.

²⁷⁶STEN GAGNER. **Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung**. Ak.avh. Uppsala 1960.

²⁷⁷HUGO DE SÃO VÍTOR. [c.1137] **Didascalicon**: da arte de ler. Trad. Antonio Marchionni. Petrópolis: Vozes, 2001.

²⁷⁸STEN GAGNER. **Studien zur**...Op.Cit. p.213. A tradução utilizada na citação foi retirada de BOBBIO, Norberto. **O Positivismo**... Op.Cit. p.239.

Alguns autores se preocupam em investigar onde se encontrariam as remotas raízes filosóficas do juspositivismo. Por ter sido o criador da primeira teoria do Estado moderno, Thomas Hobbes (1588-1679) costuma ser apontado como sendo “o precursor do positivismo jurídico”, tendo lançado suas bases filosóficas.²⁷⁹ Em que pese ser um jusnaturalista – “como o eram todos os escritores políticos e jurídicos do século XVII”²⁸⁰ –, em sua controvérsia com o porta-voz e expoente máximo do *common law* inglês,²⁸¹ Edward Coke (1552-1634),²⁸² e em seus escritos político-filosóficos, Hobbes se preocupa em explicar e justificar a formação do Estado Moderno e a legitimidade de suas leis, considerando a passagem do homem do estado de natureza para o estado civil. Nesse sentido, na obra *Leviatã*, Hobbes sustenta a tese de que, neste último estado (v.g. estado civil), o soberano possui o poder exclusivo de (im)pôr o direito – tendo em vista que este é um instrumento indispensável para assegurar o poder absoluto do Estado.²⁸³

Já Michel Villey sustenta que as bases filosóficas do positivismo jurídico seriam ainda mais antigas, tendo sido lançadas ainda no Medievo pelo nominalismo do franciscano Guilherme de Ockham (1285-1347).²⁸⁴ Isto, pois, segundo o entendimento do jurista francês, por mais que a *querela dos universais* seja tida como arcaica ou ultrapassada, nela seria possível encontrar a “linha divisória entre o direito natural clássico, inseparável do realismo de Aristóteles e de São Tomás, e o positivismo jurídico”.²⁸⁵ Em que pese reconhecer que “fazer remontar o *positivismo*

²⁷⁹BOBBIO, Norberto. **O Positivismo...** Op.Cit. p. 34.

²⁸⁰BOBBIO, Norberto. **O Positivismo...** Op.Cit. p. 34.

²⁸¹Edward Coke é autor da obra *Institutes Of The Laws Of England*, trabalho considerado como a “summa” do *Common Law*.

²⁸²Ver HOBBS, Thomas. [c.1666] **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. Trad. de Maria C. Guimarães Cupertino, SP: Landy, 2001.

²⁸³HOBBS, Thomas. [1651] **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva, Martins Fontes: São Paulo, 2003. Conferir também: HOBBS, Thomas. [1660] **Os Elementos da Lei Natural e Política**. Trad. Bruno Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

²⁸⁴VILLEY, Michel. [1968] **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. Trad. Bláudia Berliner. São Paulo, Martins Fontes, 2005. p.234. Villey aponta que alguns teóricos vão ainda mais além e apontam que as bases filosóficas do positivismo jurídico já estariam em Duns Escoto. Todavia, o jurista francês rejeita tal interpretação: “Eu, contudo, considero essa apreciação excessiva. Noto que a doutrina de Duns Escoto, em matéria de direito, permanece hesitante e moderada. [...] não posso dizer que ele concluiu pelo positivismo jurídico: na sua quarta conclusão, que omiti anteriormente, ele exigia do legislador que distribuía as propriedades a *prudência*, a *recta ratio*, o serviço à comunidade. Era ainda uma sujeição ao direito natural. Portanto, é preciso tomar cuidado para não forçar o contraste entre as doutrinas *jurídicas* de Duns Escoto e de São Tomás.” (VILLEY, Michel. **A Formação...** Op.Cit. p. 211).

²⁸⁵VILLEY, Michel. **A Formação...** p.226. Em sentido contrário, ver: CULLETON, Alfredo. **Ockham e a Lei Natural**. Florianópolis: UFSC, 2011. Villey acrescenta: “Também cabe vincular ao nominalismo o futuro desenvolvimento das ciências modernas experimentais. [...] Ele sem dúvida é também o

jurídico ao princípio do século XIV não deixa de contrariar a opinião corrente”, Villey afirma que – ao menos em sua compreensão – “o *positivismo* jurídico [...] é a doutrina que exalta o direito positivo a ponto de pretender edificar sobre a lei, e apenas sobre a lei, o *conjunto da ordem jurídica*” e seria “nesse sentido, o mais caro e autêntico, que o positivismo é produto do nominalismo”.²⁸⁶ Segundo o autor, a razão para sustentar tal entendimento seria a de Ockham “apenas reconhece, como objeto do conhecimento ‘*res positivae*’ singulares”, o que “quer dizer que ele também só pode reconhecer como fontes de direito fórmulas de leis, expressões de vontades individuais, e não mais a ordem da natureza”.²⁸⁷ Por isso, Michel Villey conclui que “Guilherme de Ockham concebeu e até aplicou o positivismo jurídico”.²⁸⁸

Ainda que essas investigações acerca das (supostas) remotas raízes filosóficas do positivismo jurídico possam ter algum proveito para o campo da história do pensamento jusfilosófico, elas pouco ou quase nada contribuem para se explicar o que seja o positivismo jurídico enquanto corrente teórica na contemporaneidade. A negação do direito natural clássico (Villey) e a redução do direito positivo às leis impostas pelo soberano (Hobbes) estão muito longe de constituírem critérios adequados para se identificar o sentido do que seja realmente o positivismo jurídico atualmente.

Ressalte-se que Guilherme de Ockham nunca negou a existência de um direito natural divino, apenas contrapôs sua concepção de direito natural à de Tomás de Aquino, que o concebia como ordem *racional (ratio)*, compreendendo-o diferentemente como sendo a vontade (*voluntas*) soberana do próprio ser divino. Hobbes, por sua vez, também não nega a existência do direito natural, tanto no estado de natureza quanto na sociedade civil – neste último, caso como forma de integração

ancestral do *positivismo*, no sentido que será dado a essa palavra por Augusto Comte, já que o próprio termo faz parte do vocabulário ockhamiano (*‘res positivae’*). [...] Ora, assim como suscita uma crise no seio da teologia, e, no longo prazo, renova os métodos das ciências, o nominalismo também viria a invadir o *direito*. Ele significa o abandono do direito natural, ou seja, do método que presidira, a nosso ver, à constituição da ciência jurídica romana e que a escolástica humanista acabava precisamente de restaurar no direito erudito da Idade Média. [...] E quanto às normas jurídicas, não podendo mais extraí-las da própria ordem que antes se acreditava ler na Natureza, será preciso buscar sua origem exclusivamente nas vontades positivas dos indivíduos: o *positivismo* jurídico é filho do nominalismo. Todas as características essenciais do pensamento jurídico moderno já estão contidas em potência no nominalismo. (VILLEY, Michel. **A Formação...** Op.Cit. p.232,233. *passim*).

²⁸⁶VILLEY, Michel. **A Formação...** Op.Cit. p.236.

²⁸⁷VILLEY, Michel. **A Formação...** Op.Cit. p.236.

²⁸⁸VILLEY, Michel. **A Formação...** Op.Cit. p.236.

de lacunas jurídicas.²⁸⁹ É importante apontar, também, que o foco do filósofo inglês não foi compreender e explicar em que consiste a natureza do direito positivo (ao menos, esse não era seu objetivo), mas, sim, fundamentar racionalmente a existência do Estado moderno absolutista e demonstrar a legitimidade do soberano como único produtor autêntico do direito positivo (v.g. das leis). Trata-se de uma doutrina política acerca de como o direito *deve ser* e não necessariamente de como *é*. Por certo, o modo como o fenômeno jurídico se organiza na Modernidade e o modo como ele passa a ser compreendido pelos teóricos do direito é tributário de uma compreensão filosófica que aos poucos vai se afastando da ideia de uma razão prudencial em prol de uma noção de positividade entendida enquanto produto da vontade daqueles que possuem autoridade política. Todavia, como afirmamos anteriormente, a investigação das remotas raízes filosóficas que auxiliaram (e influenciaram) nas transformações institucionais que ocorrem no âmbito do fenômeno jurídico durante a modernidade não constitui um recurso epistêmico capaz de fornecer uma explicação satisfatória para o que seja realmente o positivismo jurídico na atualidade.

Se a noção do que pode ser compreendido genericamente como direito positivo se encontra presente no pensamento ocidental ao menos desde a Antiguidade clássica – ainda que a terminologia *iustitia positiva* e *ius positum* tenha sido utilizada expressamente apenas a partir do Medievo – e o direito positivo (linguagem-objeto) compreendido como fenômeno social de regulamentação convencionalmente estipulado da conduta humana seja tão antigo quanto as primeiras organizações sociais complexas, o positivismo jurídico entendido especificamente como teoria do direito positivo (metalinguagem) é uma corrente teórica do pensamento jusfilosófico que surge apenas na Modernidade, por volta do final do século XVIII e início do século XIX. Os motivos para a adoção dessa compreensão serão expostos ao longo de todo esse capítulo.

Por que enfatizar tanto essa distinção aparentemente simples entre direito positivo e positivismo jurídico, entre *linguagem-objeto* e *metalinguagem*? Tal distinção é de suma importância para quem se dedica à teoria do direito ou à filosofia do direito,

²⁸⁹Nesse sentido, Hobbes afirma: “Uma vez que é impossível promulgar leis gerais com as quais se possa prever todas as controvérsias a surgir, e são infinitas, evidencia-se que, em todo caso não contemplado pelas leis escritas, se deve seguir a lei da equidade natural, que ordena atribuir a pessoas iguais coisas iguais; o que se cumpre por força da lei civil, que pune também os transgressores materiais das leis naturais, quando a transgressão aconteceu consciente e voluntariamente”. *Apud* BOBBIO, Norberto. **O Positivismo**... Op.Cit. p.43. Cf. HOBBS, Thomas. [1651] **Leviatã**...Op.Cit.XXVI.

pois, assim como Luís Roberto Barroso concebe o termo *neoconstitucionalismo* como modo de se referir conjuntamente a instituições jurídicas e a teorias do direito, do mesmo modo vários autores – de teoria do direito ou não – se valem da expressão “positivismo jurídico” para se referir tanto às mudanças ocorridas no âmbito do fenômeno jurídico após as revoluções burguesas (surgimento do Estado Legislativo) quanto às teorias do direito que procuravam descrever ou justificar moralmente e politicamente essa nova forma de articulação do fenômeno jurídico.²⁹⁰ Vários autores apontam que na Modernidade ocorre uma importante transformação no âmbito de fenômeno jurídico, que se convencionou denominar de *positivação do direito*.²⁹¹

Por *positivação do direito*, os autores geralmente entendem um processo de centralização da produção normativa do direito na figura do Estado por meio do reconhecimento oficial de uma única fonte autorizada e legítima (a lei).²⁹² Não raro, é possível verificar na literatura jurídica autores tecerem críticas ao modo como o direito positivo é estruturado no Estado Legalista moderno (fenômeno jurídico) – monismo,

²⁹⁰Esse é o caminho seguido, dentre outros autores, por Paolo Grossi. Segundo Grossi: “Entende-se por ‘positivismo jurídico’ aquela atitude que reconhece como normas jurídicas apenas as normas formalmente válidas – promulgadas por uma autoridade formalmente investida de poder – sem se preocupar com seu conteúdo e sua efetiva observância por parte dos membros da sociedade. Na essência, positivismo jurídico significa estatismo e também formalismo”. (GROSSI, Paolo. [1995] **A Ordem Jurídica Medieval**. Trad. de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. pp. 18, 282). Assim, Grossi usa o termo “positivismo jurídico” de modo genérico e demasiadamente abrangente para se referir a tanto uma atitude que pode ser vista tanto no interior dos discursos que compõem o direito positivo (em especial, relacionado à organização normativa do direito na Modernidade) quanto estar presente no âmbito doutrinário (como a teoria pura de Hans Kelsen, por exemplo).

²⁹¹A título exemplificativo: LUHAMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, pp.225-238; BULYGIN, Eugenio. **El Positivismo Jurídico**. México.D.F: Fontamara, 2006. pp. 62-71. Trata-se de um processo histórico que Grossi denominará de “Absolutismo Jurídico”: GROSSI, Paolo. “Absolutismo Jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito)” *In: Revista Direito GV* vol 1. n. 2. jun-dez. 2005. pp. 191-200. Ver também: GROSSI, Paolo. **Absolutismo Giuridico e Diritto Privato**. Milano: Giuffrè, 1998; GROSSI, Paolo. **História da Propriedade e Outros Ensaio**. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 123-137.

²⁹²Nas palavras de Paolo Grossi: “A visão do fenômeno jurídico, assim como nos é demonstrada hoje no âmbito do chamado moderno Estado de direito, é unilateral e redutora, inspirada, apesar dos pressupostos econômicos e políticos de cunho liberal, no mais rigoroso absolutismo jurídico. Monismo rígido no plano das fontes, hierarquia das fontes como sua derivação coerente e lógica, princípio de estrita legalidade e certeza do direito são concepções e institutos que até podem representar o mérito histórico do Estado de direito como sistema de garantias para o cidadão abstrato, mas denunciam uma construção do ordenamento que se precipita sobre o tecido da experiência, que tende a se formalizar e a se cristalizar, assim como – inevitavelmente – a se distanciar do devir ininterrupto da sociedade, arriscando-se a se identificar com a mensagem dos detentores do poder”. (GROSSI, Paolo. **A Ordem Jurídica**...Op.Cit. p. 24,25). Assim, o historiador italiano não distingue entre um “positivismo jurídico” como atitude prática dos operadores do direito (fenômeno jurídico) e um “positivismo jurídico” como posição teórica (filosofia ou teoria do direito). A importância de se fazer uma distinção assim é ressaltada, por exemplo, por BARBERIS, Mauro. **Giuristi e Filosofi**. Una storia della filosofia del diritto. Bologna: Il Mulino, 2011. p. 31 e seguintes.

estatalismo, legalismo, etc. – acreditando equivocadamente que estão atacando e atingindo o positivismo jurídico (teoria do direito). A distinção entre direito positivo ou fenômeno jurídico (linguagem-objeto) e positivismo jurídico (metalinguagem) como teoria do direito positivo é necessária para que não se efetue tal tipo confusão.

Retomemos, pois, a indagação primordial deste capítulo: o que é o positivismo jurídico? Se é certo afirmar que o jusnaturalismo constitui um discurso jusfilosófico elaborado desde a Antiguidade até nossos dias que engloba uma série de doutrinas ou teorias do direito natural (ainda que os autores desta corrente apresentem notáveis diferenças de método e conteúdo entre si), tendo sua identidade conjunta na tese que afirma a existência de um direito superior ao direito positivo que é fundamentado na natureza das coisas (*ius naturale*, *lex naturalis*, *droit naturel*, *Naturrecht*) e é (de alguma forma) vinculante para todos os homens, o mesmo não se pode dizer do juspositivismo, que é uma corrente do pensamento jusfilosófico relativamente recente e cuja identidade é significativamente controversa. A problemática identidade do positivismo jurídico é tamanha a ponto de Uberto Scarpelli, um juspositivista italiano convicto, confessar suas próprias perplexidades: “este positivismo jurídico, me pergunto, o que é? Sabemos em torno do que combatemos, o que queremos conservar e o que perderemos se o rejeitarmos?”²⁹³ Vejamos como o jusfilosofo genovês Pierluigi Chiassoni pode nos ajudar a compreender a identidade do positivismo jurídico a partir de duas obras recentes: *Positivismo Giuridico* (2013)²⁹⁴ e *El Discreto Placer del Positivismo Jurídico* (2016).²⁹⁵

Todavia, antes de proceder tal investigação é relevante destacar que “a reflexão contemporânea sobre o positivismo jurídico oscila entre dois polos”:²⁹⁶ de um lado encontram-se as *reconstruções unitárias*, no outro, encontram-se as *desarticulações* ou *desconstruções*. As primeiras “adotam uma configuração unitária do fenômeno (‘o positivismo’) não obstante as diferenças internas existentes, que demonstram conhecer, entre ‘seus’ variados aspectos e/ou enfoques”²⁹⁷ (enfoque “sintético”), enquanto as últimas “o dissolvem em uma pluralidade de teses, doutrinas, teorias, cada uma das quais caracterizada por uma denominação específica” e cada

²⁹³SCARPELLI, Uberto. **Cos'è il Positivismo Giuridico**. Milano: Comunità, 1965.

²⁹⁴CHIASSONI, Pierluigi. **Positivismo Giuridico: una investigazione analitica**. Modena: Mucchi, 2013.

²⁹⁵CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer del Positivismo Jurídico**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

²⁹⁶CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...** Op.Cit. p.53.

²⁹⁷CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...** Op.Cit. p.54,55.

uma delas “é indicada como digna de consideração em si mesma” independentemente de seu uniforme “*positivista*” (enfoque “analítico”).²⁹⁸ No primeiro polo se encontram, a título exemplificativo, as propostas de Norberto Bobbio e de Uberto Scarpelli; no outro polo se encontram, por exemplo, as considerações de H.L.A Hart, Eugenio Bulygin, Joseph Raz e Giovanni Tarello.

Segundo o entendimento de Pierluigi Chiassoni, se desejamos fazer uma exposição desapassionada e útil de um fenômeno cultural complexo, tal como é “o” positivismo jurídico, “é necessário, antes de tudo, prestar atenção à terminologia” – ou seja, à sua presença em determinados contextos, às suas transformações, a seus significados originários e àqueles supervenientes –, “em outras palavras é necessário refletir sobre a genealogia dos termos e dos conceitos”.²⁹⁹ Portanto, o primeiro passo de sua investigação é se ocupar da locução “positivismo jurídico”.

Assim como Norberto Bobbio, Chiassoni afirma que o sintagma “positivismo jurídico” advém da expressão latina *ius positivum* (usada por Pedro Abelardo em 1140) que designava:

o conjunto de normas (*leis, costumes, decretos, etc.*) estabelecidas – feitas, criadas, produzidas, instituídas, constituídas, *positae* – por homens que atuam na qualidade de órgãos investidos com poderes normativos, em contextos sociais, tempos e lugares determinados, com o fim de instituir e regular os poderes públicos e as capacidades privadas, sancionar comportamentos (de vez em quando considerados) socialmente indesejáveis, incentivar comportamentos dignos, impor prestações pessoais ou patrimoniais, (re)distribuir a riqueza, o ingresso e a oportunidade entre os indivíduos e grupos.³⁰⁰

O direito positivo é sempre o direito de uma “comunidade” ou “sociedade” particular, consistindo em um produto artificial e institucional do ser humano, opondo-se ao direito que *não* é positivo.³⁰¹ Este direito *não*-positivo pode ser ao menos de dois tipos distintos: i) o direito *natural*; e o ii) direito *ideal*. O direito natural não é feito por homens, mas constitui um *fato da natureza* (tendo vigência atemporal e universal) ainda que, ao longo da história, a ideia de *natureza* tenha sido compreendida de diversos modos, estando fundada no *cosmos* (Antiguidade clássica), em *Deus* (Medieval), ou na *razão* humana (Modernidade); ii) por outro lado, o direito *ideal* é o

²⁹⁸CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.55.

²⁹⁹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.55.

³⁰⁰CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.57. Cf. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo**...Op.Cit. pp. 15-20. e OLIVECRONA, Karl. **Law as Fact**. 2 ed.London: Stevens & Sons, 1971.pp.50-61.

³⁰¹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.58.

direito que *deve* ou *deveria* estar vigente a partir de uma determinada perspectiva da filosofia da justiça – não necessariamente jusnaturalista – e “constitui o parâmetro com base no qual o direito positivo de uma determinada comunidade deve ser produzido, valorado e emendado”.³⁰²

Isto significa que, ao contrário do que tão largamente se assevera (de modo equivocado), ainda que muitos juspositivistas tenham sido também adeptos do positivismo filosófico (em um dado momento histórico), a expressão “positivismo jurídico” não advém do vocábulo “positivismo” no sentido filosófico,³⁰³ termo utilizado para designar um enfoque filosófico novecentista herdeiro do empirismo dos séculos XVII e XVIII, em que figuram como expoentes autores como Auguste Comte, John Stuart Mill, Charles Darwin, Herbert Spencer e Ernst Haeckel.³⁰⁴ O jusfilósofo genovês retoma a lição de Bobbio, que afirma: “o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”.³⁰⁵

A respeito dessa conexão, Bobbio afirma que a expressão “positivismo jurídico”, na verdade, “nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França”.³⁰⁶ A origem do positivismo filosófico é tradicionalmente atribuída a Auguste Comte e seu *Cours de Philosophie Positive* (composto de seis volumes escritos entre 1830 e 1842).³⁰⁷ Todavia, o professor de Turim aponta o positivismo jurídico como corrente jusfilosófica que se origina na Alemanha, por considerar a Escola Histórica do Direito

³⁰²CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.58.

³⁰³CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 58, 59. Afirmando posição contrária a esse entendimento (v.g. juspositivismo como derivação do positivismo filosófico), cf. FASSÒ, Guido. **Storia della Filosofia del Diritto**. vol. 3. Ottocento e Novecento. Roma: Laterza, 2001. p. 176.

³⁰⁴CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. 58, 59; Sobre a configuração do positivismo filosófico:Conferir: REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. “O Positivismo na Cultura Europeia” In: REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**. Vol 5. Do Romantismo ao Empirocriticismo. São Paulo: Paulus, 2005. pp. 287-332.

³⁰⁵CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. 59; BOBBIO, Norberto. **O Positivismo**... Op.Cit. p.26. Conforme Bobbio: “o positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando ‘direito positivo’ e ‘direito natural’ não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo “positivo” ao termo “direito” torna-se um pleonasma”. (BOBBIO, Norberto. **O Positivismo**... Op.Cit. p.26). Cf. RAZ, Joseph. “Legal Positivism and The Sources of Law” In: RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. Essays on Law and Morality. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 2009. p. 37; GARDNER, John. “Legal Positivism: 5 ½ Myths”. In: **The American Journal of Jurisprudence**. n. 46. 2001. p.200; GREEN, Leslie. verbete “Legal Positivism” In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. January 3, 2003. p.1.Disponível em: <http://migre.me/w5aVl>. Acesso em 15.02.2017..

³⁰⁶BOBBIO, Norberto. **O Positivismo**... Op.Cit. p.15.

³⁰⁷COMTE, Auguste [1829-1842] **Cours de Philosophie Positive**. 5ª.ed. 6 vols. Paris: Schleicher, 1907-1908.

– “que surgiu e se difundiu particularmente na Alemanha entre o fim do século XVIII e o começo do século XIX, sendo o seu maior expoente Savigny”³⁰⁸ (1778-1861) – a “predecessora” do juspositivismo por tecer duras críticas aos “mitos” do pensamento jusnaturalista. Assim, Bobbio afirma “que ‘escola histórica’ e ‘positivismo jurídico’ não são a mesma coisa; contudo, a primeira preparou o segundo através de sua crítica radical do direito natural”.³⁰⁹ De tal modo, a explicação que sustenta que a expressão “positivismo jurídico” advém do positivismo filosófico incorre em um anacronismo, tendo em vista que o positivismo jurídico é uma forma de pensamento anterior ao próprio surgimento do positivismo em sentido filosófico.³¹⁰

No entanto, é possível afirmar que essa delimitação de Bobbio é consideravelmente ampla na medida em que: (i) não especifica o que deve ser compreendido como “direito positivo” e apenas se limita a negar o caráter jurídico do “direito natural”; (ii) não nos informa como devemos proceder para identificar o “direito positivo”. Também é possível afirmar que essa primeira delimitação do sentido de “positivismo jurídico” é meramente ontológica, privilegiando-se, unicamente, o aspecto do *objeto* a ser conhecido ao afirmar que aquilo que deve ser entendido por “direito” é apenas o “direito positivo” e nada mais, excluindo-se do conceito de direito o direito natural e o direito ideal, e nada falando acerca do modo (método) como deve ocorrer *epistemologicamente* tal aproximação do objeto a ser conhecido.

Se adotarmos essa delimitação ampla e meramente ontológica proposta por Bobbio, será necessário reconhecer que Savigny e os demais membros da Escola Histórica do Direito eram juspositivistas, na medida em que rejeitavam a compreensão racionalista do Iluminismo em um direito natural atemporal e não-espacial (universal), e afirmavam que o direito era “um fenômeno historicamente determinado, o produto do espírito de cada povo (*Volksgeist*), e que não havia direito para além dos direito de

³⁰⁸BOBBIO, Norberto. **O Positivismo...** Op.Cit. p.45.

³⁰⁹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...**Op.Cit. p.45.

³¹⁰É o que ocorre com Biagio Brugi (Cf. BRUGI, Biagio. **Introduzione Enciclopedica alle Scienze Giuridiche e Sociali nel Sistema della Giurisprudenza**. 4ª ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1907). Segundo Chiassoni: “esta historização radical do direito, o considerar o direito como um fenômeno histórico e o estudá-lo como tal, para Brugi, é suficiente para reconhecer na Escola histórica, anacronicamente, rastros de ‘positivismo’ [filosófico]”. (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...**Op.Cit., p. 63). Sobre o uso da expressão “positivismo” para indicar coisas distintas no campo das ciências humanas, ver: WALINE, Marcel. “Positivisme philosophique, juridique et sociologique” *In*: PFISTER, Christian; DUQUESNE, Joseph; et al. **Mélanges Carré de Malberg**. Paris: Sirey, 1933. pp. 517-534; FONSECA, Ricardo Marcelo. “O positivismo, ‘historiografia positivista’ e história do direito”. *In*: **Argumenta (FUNDINOPI)**, v. 10, 2009. p. 143-166.

cada um dos povos”.³¹¹ Em que pese ter desenvolvido uma dura crítica ao jusnaturalismo racionalista do Iluminismo – rejeitando-se que o direito natural possa colocar em dúvida a autoridade do direito positivo (crítica ontológica)³¹² e ter demonstrado grande preocupação com a fundamentação de um saber científico sobre o direito positivo, tendo utilizado pela primeira vez a expressão *Rechtswissenschaft* – “Ciência do Direito”³¹³ (ao invés do clássico *Jurisprudenz*, “Jurisprudência”), a Escola Histórica do Direito não desenvolveu uma metodologia de aproximação ao seu objeto de conhecimento que negasse elementos metafísicos e românticos, não desenvolvendo, assim, uma crítica propriamente epistemológica no sentido da ciência moderna.³¹⁴ Exatamente por isso se torna demasiadamente complicado adotar uma definição excessivamente ampla, como propõe Bobbio, como suficiente para se delimitar o sentido do que devemos entender por “positivismo jurídico”. O positivismo jurídico parece ser uma corrente de pensamento que envolve algo mais do que a mera “doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo” (âmbito ontológico).

Diante disso, Chiassoni aponta que os vocábulos “*positivismo*” (italiano) e “*Positivismus*” (alemão) aparecem no léxico da ensaística e da historiografia jusfilosófica por volta do final do século XIX e início do século XX “ nos quais servem para denotar enfoques filosóficos específicos relativos ao direito e/ou aos modos apropriados do conhecimento jurídico”.³¹⁵ Justamente por isso, Chiassoni efetua uma revisão – que o próprio autor entende ser ainda superficial – da genealogia da fórmula

³¹¹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 76. Para uma compreensão mais profunda do assunto, ver: SAVIGNY, Friedrich Carl von. **De la Vocación de Nuestro Siglo Para la Legislación y la Ciencia Del Derecho**. Trad. por Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Atalaya, 1946; SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Textos Clásicos**. Estudio preliminar de Agustín Squella. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981; SAVIGNY; EICHORN; GIERKE; STAMMLER. **La Escuela Histórica del Derecho**: documentos para su estudio. trad. Rafael Atard. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1908; SAVIGNY; KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ. **La Ciencia del Derecho**. Buenos Aires: Losada, 1949; MERKEL, Adolf. Jhering. **Tres Vidas Ilustres**: Hugo, Savigny e Jhering. Traducción de Norberto Gorostiaga. Buenos Aires: Depalma, 1945; THIBAUT, Anton Friedrich Justus & SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **La Codification**: una controversia programática basada en sus obras: sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania y de la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho. Trad. José Díaz García. Madrid: Aguilar, 1970.

³¹²CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. 76, 77. Chiassoni afirma que a Escola Histórica faz uma crítica axiológica ao jusnaturalismo.

³¹³FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1986; LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**. Análise de uma “Recepção”. Lisboa: Fragmentos, 1990.p. 16.

³¹⁴Segundo Chiassoni, a Escola Histórica sustenta “uma visão romântica do fenômeno jurídico, que tem seu núcleo na ‘consciência do povo’ como única e verdadeira fonte de produção do direito” (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.62,63). Não apenas isso, mas segundo os estudos de Walter Wilhelm, Savigny e a Escola Histórica podem ser compreendidos como positivistas ideológicos por valorarem positivamente o direito histórico. Cf. WILHELM, Walter. **La Metodología Jurídica en el Siglo XIX**. Trad. Rolf Bethmann. Madrid: EDERSA, 1980.

³¹⁵CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.60.

“positivismo jurídico” e de seus homólogos em outros idiomas europeus com a finalidade de demonstrar que a “tese etimológica mais acreditada, a locução ‘positivismo jurídico’ deriva de ‘direito positivo’ e não de ‘positivismo’, não pode ser acolhida senão com oportunas precisões”.³¹⁶ Não faremos aqui a reconstrução histórico-jurídica que Chiassoni desenvolve em seu estudo – perpassando por obras de Otto Von Gierke, Biagio Brugi, Alf Ross, Ernst Beling, Hans Kelsen, Gustav Radbruch, Herbert Hart e Guido Fassò –, mas apenas desenvolveremos algumas considerações visando destacar a ideia de que, como aponta o jurista genovês, é necessário algo mais do que a delimitação meramente ontológica feita por Bobbio para caracterizar o sentido da expressão “positivismo jurídico”.³¹⁷

Primeiramente, é relevante destacar que, em 1890, Biagio Brugi se valia do termo “positivismo” na “jurisprudência” para se referir à “teorização e ao desenvolvimento de investigações que têm como objeto o direito positivo, e que são conduzidas em conformidade com os ditames epistemológicos da razão positiva” pelos “estudiosos ativos a partir o último quarto do século XIX”.³¹⁸

Assim sendo, sob esta perspectiva proposta por Brugi, os juspositivistas são

aqueles para os quais o direito positivo pode, e deve, ser investigado cientificamente, tratando-se de um fato social complexo, de um fenômeno empírico historicamente determinado que, enquanto direito efetivo (real), deve ser diferenciado cuidadosamente do direito ideal.³¹⁹

Segundo o enfoque desenvolvido por Brugi, para ser considerado um juspositivista um jurista precisaria não apenas afirmar que não existe outro direito além do direito positivo (aspecto ontológico), mas também assumir uma determinada postura científica (aspecto epistemológico) diante dele. No nível lexical, o sentido que Brugi atribui para o “positivismo na jurisprudência”, uma teoria não é positivista apenas porque se ocupa unicamente do direito positivo e sim porque se preocupa em aplicar a epistemologia de um positivismo filosófico (considerado *lato-sensu*, registre-se, entendido aqui de modo genérico como uma postura de adoção do *empirismo* e rejeição da *metafísica*, por exemplo) no estudo do direito positivo.³²⁰

Por isso, Pierluigi Chiassoni sustenta que:

³¹⁶CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.60.

³¹⁷CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.60.

³¹⁸CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.61,62.

³¹⁹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.62.

³²⁰CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.63.

Nestas páginas da história do pensamento jurídico, “positivismo jurídico” designa qualquer reflexão sobre o direito positivo, enquanto fenômeno empírico intrínseco à história, baseada em uma epistemologia positivista em sentido lato. Aqui, a locução “positivismo jurídico” parece, portanto, ter origens diversas daquelas indicadas pela tese etimológica atualmente mais acreditada: esta não deriva apenas, e simplesmente, de “direito positivo”, senão também, e sobretudo, de “positivismo” como posição epistemológica própria do positivismo filosófico [...] [empírico científico].³²¹

Isto quer dizer que, se é certo que o termo “positivismo jurídico” certamente não advém do positivismo filosófico desenvolvido por Auguste Comte (1798-1857) – sendo mesmo bem anterior aos seus estudos – a Escola da Exegese francesa,³²² por exemplo, passa a existir logo após o advento do *Code Napoléon* de 1804 –, também não é correto afirmar que a expressão seja derivada unicamente do termo “direito positivo”, como faz Bobbio, indicando que conjuntamente ao entendimento de que ‘apenas o direito positivo pode ser entendimento corretamente como “direito”’, é necessária a adoção de um modo *positivista* de se aproximar do direito positivo, entendendo aqui por “modo *positivista* de se aproximar do direito positivo” uma preocupação epistemológica de se aproximar cientificamente (empirismo e rejeição da metafísica) de um determinado objeto cognoscível situado no campo da experiência. Isto fica mais evidente quando nos atentamos para alguns exemplos apontados por Chiassoni.

Em 1929, Alf Ross se vale dos termos “positivismo” e “positivismo jurídico” na obra *Theorie der Rechtsquellen* (Teoria das Fontes do Direito)³²³ para designar não apenas o entendimento de que somente o direito positivo devia ser considerado “direito” propriamente dito, mas também para se referir aos ‘juristas e aos filósofos do direito alemães que adotam uma epistemologia naturalista (‘naturalismo filosófico’) e uma concepção de ciência do direito modelada com base nas ciências naturais’.³²⁴ Assim como Brugi, Ross se refere ao juspositivismo germânico do século XIX como

³²¹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.63, 64.

³²²Nesse sentido: BONNECASE, Julien. **La Pensée Juridique Française: de 1804 à L’Heure Presente**, Les Variations et Les Traits Essentiels. 2 vols. Bordéus, Delmas, 1933; BONNECASE, Julien. [1924]. **La Escuela de La Exegesis en Derecho Civil**. México D.F.: Cajica, 1944; a crítica dessa escola é feita em: GÉNY, François. [1919] **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo**. 2ª ed. Madrid: Reus, 1925; pp. 1-56.

³²³ CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 64. ROSS, Alf. **Teoría de las Fuentes del Derecho**. (Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas). Trad. José L.M. Baena Simón et ali. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. pp.225 e ss.; 266 e ss.; 361 e ss.

³²⁴CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.65.

positivismo “tanto desde a perspectiva do objeto de investigação (o direito positivo) como desde o ponto de vista do método de investigação”. Ou seja, o juspositivismo é concebido como sendo uma perspectiva filosófica que, necessariamente, envolve a conjunção de um *âmbito ontológico* (direito é apenas direito positivo) e um *âmbito epistemológico* (uma aproximação científica do direito positivo).³²⁵ Nessa linha de entendimento, para alguém ser um juspositivista seria preciso, além do “juspositivismo do direito positivo”, a adoção do “juspositivismo do método positivo”.³²⁶ Isto ficará evidente com a jusfilosofia de Hans Kelsen, que em 1934 publica a primeira edição de sua *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura do Direito), cujo subtítulo delimita bem o âmbito de sua proposta: *introdução à problemática da ciência do direito*.³²⁷

Essa ideia de Ross ficará mais evidente em um ensaio de 1961 intitulado *Validity and the Conflict between Legal Positivism and the Natural Law*,³²⁸ quando o autor caracteriza o positivismo em um sentido amplo como sendo “uma atitude ou aproximação aos problemas da filosofia jurídica e da teoria do direito, fundamentada nos princípios de uma filosofia empirista e anti-metafísica”.³²⁹ Segundo o entendimento do jusfilósofo dinamarquês, existem duas teses fundamentais que “constituem o núcleo do positivismo jurídico”: uma tese ontológica (T1) e uma tese epistemológica (T2). A tese ontológica (T1) é formulada do seguinte modo: “a crença no direito natural é errônea: não existe tal direito, todo o direito é direito positivo”.³³⁰ A tese epistemológica (T2) é enunciada do seguinte modo: “é possível estabelecer a existência e descrever o conteúdo do direito de um país determinado em termos puramente factuais, empíricos, baseados na observação e interpretação dos fatos sociais”.³³¹

³²⁵CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.65. Segundo Chiassoni, por método positivo deve se entender aqui “um método – ao menos na intenção – empírico, que Ross, seguindo o caminho de Jhering, chama ‘naturalista’”. (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 65).

³²⁶CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.65. O jusfilósofo genovês explica isso da seguinte forma: “não apenas o direito positivo seria o direito propriamente dito, mas também “somente o direito positivo, enquanto fenômeno empírico, histórico, contingente, pode realmente ser *objeto* de conhecimento positivo, (realista, útil); ao contrário do direito natural, que pertence às quimeras da metafísica”. (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.65).

³²⁷KELSEN, Hans. [1934] **Teoría Pura del Derecho**. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica. Primera edición de 1934. Madrid: Trotta, 2011.

³²⁸ CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. 71; ROSS, Alf. [1961] “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”. In: ROSS, Alf. **El Concepto de Validez y Otros Ensayos**. México: Fontamara, 1991. pp.7-30.

³²⁹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. 71.

³³⁰CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.72.

³³¹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.72.

Além de responder as críticas de Ross feitas no ensaio mencionado, Hans Kelsen posteriormente reformulará a tese ontológica (T1) em termos mais precisos, menos suscetíveis de gerar equívocos. Assim, a tese ontológica (T1K) poderia ser formulada do seguinte modo: (a) o direito natural consiste num produto do pensamento metafísico, pertencendo ao campo das ideologias da justiça (filosofia da justiça); (b) o único direito situado no plano da experiência é o direito positivo, entendido como “o direito criado mediante atos de vontade dos homens, mediante a legislação e o costume”.³³² Justamente por isso, “somente o direito positivo é suscetível de indagações em conformidade com a epistemologia empirista da filosofia científico-crítica”, matriz filosófica do juspositivismo, segundo Kelsen.³³³

Por fim, também é relevante destacar a perspectiva de Ernst Beling desenvolvida em um ensaio de 1931, intitulado *Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück*.³³⁴ Se Biagio Brugi e Alf Ross são importantes para ressaltar a *dimensão epistemológica* que permeia o sentido do que seja o “positivismo jurídico” (dimensão esta que certamente se consolida com Hans Kelsen), a perspectiva de Beling é significativa na medida em que nos permite compreender melhor o *âmbito ontológico* (objeto cognoscível: “direito positivo”) do juspositivismo – e isto ainda nas primeiras décadas do século XX.³³⁵ Para Beling, “*juristische Positivismus*” (positivismo jurídico) é uma expressão que abrange pelo menos dois enfoques: (i) o juspositivismo do “direito consuetudinário” que entende que o direito positivo consiste no costume jurídico, exemplificado pela Escola Histórica do Direito; e (ii) o juspositivismo do “direito legislativo”, exemplificado pelo “nu positivismo” de Otto von Gierke,³³⁶ que possuiria três características: (a) as leis são a única fonte do direito; (b) toda lei é incondicionalmente direito independentemente de seu conteúdo; (c) somente a lei do Estado merece consideração, para fins teóricos ou práticos. Esta perspectiva é de grande importância para destacar que mesmo dentro do positivismo jurídico há divergências teóricas relevantes acerca do que deve ser compreendido por “direito

³³²CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.73. KELSEN, Hans. “La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico”. In: KELSEN, Hans. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. México D.f.: Fontamara, 1991. p.121.

³³³CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.74.

³³⁴ BELING, Ernst. “Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück”. In: STOLL, Heinrich (ed.). **Festgabe für Philip Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt**. Tübingen: Mohr, 1931. pp.1-18.

³³⁵CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 65,66.

³³⁶CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.60,61. Segundo Gierke O “Nu positivismo” (*kahler Positivismus*) é representado por autores como Jhering, Merkel, Thon e Fernburg. Conferir, GIERKE, Otto von. **Naturrecht und Deutsches Recht**. Frankfurt am Main: Rütten & Loening, 1883.

positivo”, não sendo correto afirmar que todo juspositivista reduz o direito à *lei posta pelo Estado* (falácia da composição).³³⁷

Tendo finalizado sua revisão histórico-jurídica da genealogia da fórmula “positivismo jurídico” – a qual nós não reconstruímos pormenorizadamente aqui, limitando-nos apenas a expor algumas considerações pontuais de relevo para a compreensão do nosso objeto de estudo –, Pierluigi Chiassoni afirma que podemos chegar a algumas conclusões terminológicas. Segundo o jusfilósofo genovês, o sintagma “positivismo jurídico” é uma locução equívoca, sendo possível distinguir cinco acepções distintas ainda que correlacionadas: (PJ1) pode denotar *uma visão estatal-legalista do direito positivo*; (PJ2) designar um conjunto de *filosofias positivistas do direito positivo*;³³⁸ (PJ3) um conjunto de *filosofias empiristas do direito positivo*;³³⁹ (PJ4) consistir num *rótulo profissional para um conjunto de teses heterogêneas sobre o direito positivo*;³⁴⁰ (PJ5) ou ainda *um conjunto de filosofias do direito acomodadas pela tese da exclusividade do direito positivo*.³⁴¹

³³⁷Irving Copi explica: “*Composição*. A expressão ‘falácia de composição’ aplica-se a dois tipos de argumento inválido estritamente relacionados entre si. O primeiro [vg. este é o sentido aqui utilizado] pode ser descrito como raciocinar falaciosamente a partir das propriedades das partes de um todo até às propriedades do própriotodo. Um exemplo, particularmente, flagrante desta falácia consistiria em argumentar que, se todas as partes de uma certa máquina são leves no peso, a máquina ‘como um todo’ é também leve no peso. O erro torna-se manifesto, neste caso, quando pensamos que uma máquina muito pesada pode consistir numa grande quantidade de peças leves”. (COPI, Irving. **Introdução à Lógica**. Trad. Álvaro Cabral. 2ªed. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 95).

³³⁸Esta segunda acepção, “remonta a finais do século XIX, ‘positivismo jurídico’ designa (PJ2) as filosofias positivistas do direito positivo em sentido estrito: é dizer, o conjunto de filosofias do direito que têm por objeto o direito positivo e que se baseiam, sob o perfil epistemológico, no positivismo filosófico. Esta segunda acepção se encontra, por exemplo, como viu, nos escritos dos ‘positivistas’ *fin de siècle* como Biagio Brugi. (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.81).

³³⁹Segundo Chiassoni: “A terceira acepção, que se deriva da precedente por generalização e está documentada a partir dos escritos dos anos vinte e trinta do século XX, ‘positivismo jurídico’ designa (PJ3) as filosofias positivistas do direito positivo em sentido amplo: é dizer, o conjunto das filosofias do direito que possuem por objeto o direito positivo e que se fundamentam, sob o perfil epistemológico, em uma teoria do conhecimento empirista e anti-metafísica, embora não coincida estritamente com a do positivismo filosófico do século XIX. São exemplos de ‘positivismo jurídico’, nesta terceira acepção, a jurisprudência analítica de Bentham e de Austin, a teoria pura de Kelsen, o realismo estadunidense e escandinavo, a jurisprudência (neo)analítica das escolas de Turim (Bobbio) e de Oxford (Hart), o realismo analítico italiano”. (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.81,82).

³⁴⁰A quarta acepção seria deduzível da análise de H.L.A Hart do termo, e “positivismo jurídico” não seria mais do que (PJ4) “um rótulo profissional: quer dizer, uma denominação especializada, frequentemente utilizada pelos juristas e por filósofos do direito sob a qual se ocultam teses, teorias, concepções dispares, cada uma com ‘sua’ história e ‘seu’ contexto, que vão desde o imperativismo até o não-cognitivism ético, desde a ideologia da obediência incondicional ao direito positivo até a separação entre direito e moral”. (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. 82).

³⁴¹Finalmente, em sua quinta acepção – derivada das três primeiras por meio de uma generalização adicional, sendo possível encontrar tal sentido nos escritos de Bobbio – “positivismo jurídico” designa (PJ5) “o conjunto de filosofias do direito que têm por objeto o direito positivo, compartilhando a ideia segundo a qual o direito é direito positivo: seja no plano epistemológico do conhecimento científico do direito, seja no plano ético-normativo da justificação prática (moral) das normas e das ações, seja em ambos os planos contemporaneamente”. (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 82,83).

Das cinco acepções apontadas por Chiassoni, é imperioso esclarecer melhor – ainda que de modo sintético – o primeiro sentido (PJ1) elencado pelo autor, pelo fato desta noção ser considerada pelos juristas continentais como sendo “o” positivismo jurídico por antonomásia (às vezes também denominado de “paleo-juspositivismo”):³⁴²

Em uma primeira acepção, cuja origem se remonta a finais do século XIX, e que está documentada a partir da metade dos anos vinte e início dos trinta do século XX, “positivismo jurídico” designa (PJ1) uma determinada visão do direito (*Rechtanschauung*): precisamente, a visão do direito, hegemônica entre os juristas alemães a partir da segunda metade do século XIX, herdeira da Escola histórica e rapidamente convertida em paradigma na cultura jurídica europeia, segundo a qual (1) não existe outro direito senão o direito positivo; (2) o direito positivo coincide com o conjunto das leis “queridas pelo Estado”: é o sistema coerente e completo das leis produzidas pelo Estado que se fazem valer por meio da força que é monopólio do Estado. A matriz epistemológica deste “positivismo”, se existe uma, é um tanto obscura. Em todo o caso, detrás das pretensões de “naturalismo metodológico” se ocultam operações, ideologicamente comprometidas, de interpretação e sistematização dos materiais jurídicos positivos. No plano ético-normativo, também pela influência da *Rechtsphilosophie* de Hegel (1770-1831), este “positivismo” se caracteriza por uma valoração positiva prejudicial frente ao Estado e “suas” leis, prescindindo de seu conteúdo, a qual pode assumir traços idólatras reprovados por Radbruch e que justifica caracterizar esta forma de filosofia positivista como *positivismo ideológico estatalista* ou *estatal-legalista*.³⁴³

Não é difícil perceber que o discurso “pós-positivista” popularizado pelo neoconstitucionalismo brasileiro se baseia, em boa medida, nesta compreensão do sentido do termo “positivismo jurídico”. Como ressalta Chiassoni, este primeiro sentido (PJ1) é “aquele que foi constituído, e constitui ainda, o alvo de críticas radicais, seja por sua teoria estatal legalista do direito positivo, seja por sua doutrina da obediência (incondicional) às leis positivas enquanto tais”.³⁴⁴

Para Chiassoni, a quinta acepção é a que fundamenta o conhecido entendimento tripartite desenvolvido por Norberto Bobbio. Como vários autores brasileiros ainda recorrem à clássica obra *Il Positivismo Giuridico* (1961) para explicar essa complexa corrente do pensamento jusfilosófico moderno e como Chiassoni

³⁴²CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.80. Ver também: FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**. Teoría del Derecho y la Democracia. Vol.1. Teoría del Derecho. Trad. Perfecto andrés Ibáñez et alí. Madrid: Trotta, 2013. pp. 12, 16, 28, 37, 802, 861.

³⁴³CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. pp.78-80.

³⁴⁴CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.80.

rejeita essa reconstrução unitária do professor de Turim (enfoque *sintético*) como equivocada, é interessante analisarmos essa construção metateórica (já clássica) acerca do que podemos compreender pela expressão “positivismo jurídico”, bem como os possíveis problemas advindos da adoção desse quinto sentido elencado (PJ5).

Primeiramente, Chiassoni afirma ser necessário destacar que se trata de uma “acepção artificial” que, por sua amplitude, permite configurar o sentido do positivismo jurídico unitariamente como “*um* movimento”, “*uma* doutrina”, ou “*uma* corrente” que “atravessa a história do pensamento jurídico, desde a segunda metade do século XVIII até hoje, com ‘antecipações’ significativas nos séculos precedentes”, sendo que “os expoentes e historiadores da jurisprudência analítica usualmente reconhecem, sobretudo, no pensamento de Thomas Hobbes (1588-1679)” o grande momento instaurador dessa corrente jusfilosófica.³⁴⁵ De fato, como salienta o jusfilósofo genovês, Bobbio não detecta historicamente essa acepção, mas sim “a estipula, como resultado de uma reconstrução unitária dos enfoques com os quais, desde os finais do século XIX, muitas vezes se usou a denominação ‘positivismo jurídico’”.³⁴⁶ Em segundo lugar, na compreensão do professor de Turim, o elemento comum que caracterizaria esse enfoque seria a tese segundo a qual “não existe outro direito senão o direito positivo”.³⁴⁷ A marca distintiva do “positivismo jurídico” enquanto “movimento” ou “doutrina” seria o anti-jusnaturalismo ou a negação do direito natural.³⁴⁸

A obra *Il Positivismo Giuridico: lezioni di filosofia del diritto* (1961) de Norberto Bobbio³⁴⁹ é composta estruturalmente de duas partes: uma primeira parte que versa sobre as origens históricas do positivismo jurídico e uma segunda parte versando sobre o conteúdo doutrinal desta corrente jusfilosófica. Na parte histórica,³⁵⁰ depois de um capítulo preliminar em que o autor aponta certos pressupostos institucionais e teóricos – tais como a formação do Estado Moderno e o pensamento de alguns filósofos políticos importantes, como Hobbes, Montesquieu, Beccaria, etc –, a origem do juspositivismo é explicada a partir do contexto de três países com tradições

³⁴⁵CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.83.

³⁴⁶CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.83.

³⁴⁷CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.83.

³⁴⁸CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.83. É também o que afirma OLIVECRONA, Karl. **Law as Fact**. 2 ed. London: Stevens & Sons, 1971.

³⁴⁹BOBBIO, Norberto. [1961]. **Il Positivismo Giuridico**: lezioni di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli, 1979.

³⁵⁰BOBBIO, Norberto. **O Positivismo**... Op.Cit. pp.25-127.

culturais significativamente distintas: (a) da Alemanha, e o surgimento da Escola Histórica do Direito; (b) da França, a partir do processo de codificação do direito civil e o advento da Escola da Exegese; (c) da Inglaterra, com o pensamento de Jeremy Bentham e John Austin em contraposição à compreensão tradicional do *Common Law*.³⁵¹ Entretanto, é na parte doutrinária que se encontra a abordagem reconstrutiva do professor de Turim (enfoque sintético). Nesta segunda parte,³⁵² Bobbio afirma que “as características fundamentais do positivismo jurídico podem ser resumidas em sete pontos ou problemas”³⁵³ (dedicando a cada um deles um capítulo) e que tais pontos podem ser organizados de modo a afirmar que “o positivismo pode ser considerado sob *três aspectos*”: (i) como um *método*, ou “como certo modo de abordar o direito”; (ii) como uma *teoria* do direito; (iii) ou como uma *ideologia* do direito.³⁵⁴

Todavia, essa abordagem desperta duas importantes objeções. A primeira delas é que uma perspectiva teórica que elege o anti-jusnaturalismo como marca distintiva do “positivismo jurídico” termina por excluir necessariamente John Austin – um dos pais do juspositivismo inglês – do rol de membros dessa corrente de pensamento jusfilosófico. Isto, pois, Austin afirmou expressamente “a existência de um direito natural (divino), ao lado do direito positivo, o qual, como este último, é composto de leis (*laws*) propriamente ditas”.³⁵⁵

A segunda objeção é baseada no fato de que uma *estipulação* (definição estipulativa) não pode ser considerada verdadeira ou falsa, mas apenas ser avaliada desde o ponto de vista de sua conveniência prática ou teórica. Cabe indagar, então, o valor ou a conveniência da perspectiva desenvolvida por Bobbio para explicar o que se deve entender por positivismo jurídico. A partir de uma leitura caritativa, Chiassoni considera necessário tornar explícito algo que lhe parece ser uma cláusula implícita, mas não menos essencial, da análise do professor de Turim. Trata-se de precisar ou especificar melhor a tese central do juspositivismo segundo a qual ‘o direito é *direito positivo* e não haveria *outro* direito (propriamente dito) diferente do direito positivo’,

³⁵¹Os seguintes autores também fornecem uma boa explicação do modo como a teoria do direito se desenvolveu em cada uma dessas três tradições: FASSÒ, Guido. **Storia della Filosofia del Diritto**. vol. 3. Ottocento e Novecento. Roma: Laterza, 2001; VAN CAENEGEM, Raoul C. [1987] **Juizes, Legisladores, Professores**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2010.

³⁵²BOBBIO, Norberto. **O Positivismo**... Op.Cit. pp. 130-232.

³⁵³BOBBIO, Norberto. **O Positivismo**... Op.Cit. p.131.

³⁵⁴BOBBIO, Norberto. **O Positivismo**... Op.Cit. p.133,134.

³⁵⁵CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. 84. Cf. AUSTIN, John. [1832]. **The Province of Jurisprudence Determined**. Londres: Library of Ideas, 1954. p.34 e seguintes; CHIASSONI, Pierluigi. **L’Indirizzo Analitico Nella Filosofia del Diritto**. Vol.1. Da Bentham a Kelsen. Torino: Giappichelli. 2009. pp. 115-176.

isto, “*seja no plano epistemológico do conhecimento científico do direito, seja no plano ético-normativo da justificação prática (moral) das normas e das ações, seja em ambos os planos contemporaneamente*”.³⁵⁶ Este processo de especificação ou precisão demonstra, ao menos, três modos de compreender a tese “não existe outro direito senão o direito positivo”: (a) como uma *tese epistemológica* que “identifica e delimita o objeto do conhecimento científico relativo ao direito”³⁵⁷ (*‘Não existe outro direito, enquanto objeto do conhecimento científico – i.e. empírico –, senão o direito positivo’*); (b) como uma *tese ético-normativa* que “contém a ideia da prioridade prática (moral) do direito positivo, de modo a afirmar a prevalência das normas jurídicas de qualquer ordenamento sobre as normas morais que lhes sejam incompatíveis”³⁵⁸ (*‘Não existe outro direito, enquanto conjunto de normas reguladoras da conduta humana dotado de um valor prático (moral) superior, que o direito positivo’*); (c) como tese epistemológica e ético-normativa conjuntamente.³⁵⁹

Segundo Chiassoni, essa especificação “é essencial do ponto de vista do rigor historiográfico”³⁶⁰ e “tem o efeito de colocar em evidência os limites da reconstrução unitária proposta por Bobbio” sugerindo que a unidade do movimento – debaixo ‘da’ tese ‘Não existe outro direito senão o direito positivo’ – seria mais ilusória do que real,³⁶¹ tendo em vista tratar-se, na verdade, de três teses ocultas por trás de um enunciado apenas aparentemente unívoco e não apenas de uma única tese definitiva de um movimento cultural unitário. Diante de tais problemas, a conclusão de Chiassoni é de que “parece oportuno evitar qualquer dissertação que pretenda ter como objeto ‘o positivismo jurídico’ como doutrina, corrente, movimento unitário na história do pensamento jurídico ocidental”.³⁶² O jusfilósofo de Gênova defende que, ao contrário da perspectiva proporcionada pelo enfoque da *reconstrução unitária*, uma aproximação mais profícua à compreensão do positivismo jurídico como manifestação cultural complexa seria por meio da adoção do enfoque analítico, ou seja, de uma estratégia de *desarticulações* ou *desconstruções* que dissolvem o juspositivismo em “uma pluralidade de teses, doutrinas, teorias, cada uma das quais caracterizada por

³⁵⁶CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.84,85.

³⁵⁷CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.85.

³⁵⁸CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.85.

³⁵⁹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.85.

³⁶⁰CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.85.

³⁶¹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.85.

³⁶²CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.85,86.

uma denominação específica [...] e cada uma é indicada como digna de consideração em si mesma”,³⁶³ tal como feito por Herbert Hart e Eugenio Bulygin, por exemplo.

Vejamos no próximo tópico o modo como Chiassoni apresenta, no campo da historiografia jusfilosófica, uma narração que propõe uma reconstrução historiográfica que tem por objetivo evitar expor o positivismo jurídico como doutrina unitária. Isto seria possível por meio da adoção de uma importante distinção conceitual.

3.2 “POSITIVISMO JURÍDICO EPISTEMOLÓGICO” E “POSITIVISMO JURÍDICO IDEOLÓGICO”: UMA CRÍTICA À CONCEPÇÃO UNITÁRIA DE NORBERTO BOBBIO

A reconstrução unitária do positivismo jurídico feita por Norberto Bobbio concebendo-o ao mesmo tempo como uma metodologia, uma teoria e uma ideologia, tornou-se muito popular e amplamente aceita na teoria do direito –não apenas no cenário internacional, mas também na literatura jurídica brasileira. Uma pequena prova da acolhida de tal aproximação reconstrutiva ao tema, pode ser vista na apropriação da classificação trinária desenvolvida por Bobbio para caracterizar o positivismo jurídico (método; teoria; ideologia) por Paolo Comanducci para abordar o sentido do que devemos entender por *Neoconstitucionalismo* (havendo, segundo Comanducci, uma faceta *metodológica*, uma *teórica* e uma *ideológica* no Neoconstitucionalismo).³⁶⁴ Ainda que tal aproximação à temática do positivismo jurídico tenha fornecido uma valiosa contribuição para a compreensão do sentido dessa corrente jusfilosófica moderna, Chiassoni aponta a existência de sérios problemas cognitivos contidos nessa abordagem. Antes de analisarmos de modo mais pormenorizado os problemas advindos dessa perspectiva, Chiassoni entende ser necessário realizar uma reconstrução historiográfica do tema a fim de estabelecer duas categorias importantes para a crítica da concepção do professor de Turim.

³⁶³CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...** Op.Cit. p.55.

³⁶⁴COMANDUCCI, Paolo. “Constitucionalização e Neoconstitucionalismo” In: COMANDUCCI, Paolo; AHUMADA, M^a Angeles; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Positivismo Jurídico y Neoconstitucionalismo**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2009. 85-121. Como já se advertiu no capítulo anterior, por mais que esta abordagem de Comanducci tenha ficado famosa (possivelmente pelo fato de ter adaptado a aproximação trinária desenvolvida por Bobbio para analisar outra corrente jusfilosófica), a abordagem do autor é problemática por agrupar numa mesma expressão (v.g. *neoconstitucionalismo*) tanto fenômenos de alteração do direito positivo quanto inovações teóricas no campo da filosofia do direito, equívoco não cometido por Bobbio ao se valer do termo positivismo jurídico para indicar um conjunto de teorias que fariam parte de uma mesma corrente de pensamento (unitária).

No transcurso do final do século XIX e início do século XX, em um ambiente teórico permeado por visões filosóficas distintas e algumas vezes mesmo heterogêneas – como o racionalismo iluminista, o romantismo (irracionalista e anti-iluminista), o empirismo, o naturalismo, o positivismo filosófico, o neo-empirismo e a filosofia analítica –, surgem filosofias do direito positivo que foram designadas genericamente pela expressão “positivismo jurídico”.³⁶⁵ Tais filosofias podem ser separadas em dois grandes grupos distintos: (i) em *juspositivismo ideológico* ou *doutrinal*; (ii) e em *juspositivismo epistemológico* ou *científico*. Vejamos como podemos compreender tais perspectivas.

(i) *Positivismo jurídico ideológico* ou *doutrinário*: as filosofias que integram o *juspositivismo ideológico* “têm em comum uma valoração positiva, no plano ético normativo, do direito positivo”.³⁶⁶ Tal valoração se dá tanto para aqueles que concebem o direito positivo como costume (espírito do direito, consciência jurídica do povo) quanto para aqueles que o concebem como legislação (direito legislado, codificado, ordenado, expressão da vontade geral ou vontade do Estado).³⁶⁷ Compõem esta vertente teórica: a Escola Histórica do Direito; a Escola da Exegese; o “nu positivismo” estatista alemão dos finais do século XIX e de seus epígonos do século XX. A tese “Não existe outro direito senão o direito positivo” é compreendida por esta perspectiva como tendo uma função prescritiva de indicar aquilo que deve ser objeto de obediência (incondicional) por parte dos cidadãos, juristas e juízes. Segundo Chiassoni, nesta vertente “a crítica e a negação do direito natural se situam no plano *axiológico* da luta contra um rival perigoso para autoridade do direito positivo” e a dimensão *epistemológica*, se existe, “é em todo o caso instrumental a respeito do compromisso ideológico a favor do direito positivo e se resolve com a adesão ao método hermenêutico-dogmático” que, supostamente, possibilitaria “descobrir o ‘verdadeiro’ significado das leis e as ‘verdadeiras’ instituições, conceitos e corpos a estas subjacentes”.³⁶⁸

³⁶⁵CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 86; Chiassoni adverte: “Uso ‘filosofia do direito positivo’ em um sentido totalmente genérico, para referir-me a qualquer discurso, como se usa dizer, sobre a ‘natureza’ do direito positivo, sobre seus aspectos ‘essenciais’: componentes, fontes, órgãos, relações entre fontes, relações entre órgãos, relações com a moral, com a justiça, o direito natural, a economia, a política, a religião, os valores, as ideologias, a força, a linguagem, a interpretação, a lógica, a retórica, a ciência, etc.” (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 86, nota de rodapé).

³⁶⁶CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 87.

³⁶⁷CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 87.

³⁶⁸CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 87, 88.

Como Eugenio Bulygin também tece importantes considerações acerca do *juspositivismo ideológico*,³⁶⁹ suspendemos brevemente a reconstrução argumentativa de Chiassoni para nos atentarmos às explicações do professor da Universidade de Buenos Aires. Bulygin afirma que, com a notória exceção de Bentham e Austin, “a grande maioria dos teóricos do direito se incluía durante o século XIX e boa parte do século XX no positivismo ideológico, cuja tese central consiste em sustentar que todo o direito positivo deve ser obedecido”.³⁷⁰ Tal dever “não foi concebido como um mero dever jurídico, estabelecido por normas jurídicas positivas, senão como um dever moral”.³⁷¹ Segundo Bulygin, “a exigência de acatar o direito positivo era aceita pacificamente”³⁷² nos países centrais da Europa, ao menos até o início do século XX, situação esta que se alterou radicalmente com o advento dos regimes totalitários na década de 20 e 30 do século passado. Particularmente na Alemanha, ao final da II Guerra Mundial, “o [jus]positivismo foi acusado de ter contribuído com o fortalecimento do regime nazi ou ao menos de ter minado as possíveis resistências” a ele.³⁷³

Para Bulygin, o *juspositivismo ideológico* “resultou claramente insustentável frente ao direito moralmente inaceitável”, situação esta que “gerou várias respostas entre as quais vale mencionar as seguintes”:³⁷⁴

- a) Uma solução do problema apresentado consistiu em um regresso ao direito natural; assim a rejeição do [jus]positivismo ideológico conduziu a um renascimento das doutrinas jusnaturalistas, especialmente na Alemanha, onde o problema teve um importante matiz prático: os membros da SS e os guardas dos campos de concentração, acusados de tortura e assassinatos, alegaram ter obedecido ordens de seus superiores, quer dizer, normas jurídicas positivas do regime nazi. O argumento esgrimido pelos juízes alemães era que tais normas eram manifestamente contrárias ao direito natural e, portanto, não deveriam ser obedecidas. A debilidade deste argumento é bastante clara: exigir conhecimento do direito natural por parte dos guardas de um campo de concentração não parece ser uma postura muito realista, quando nem os juristas, nem os filósofos do direito entram em acordo acerca de sua existência ou seu conteúdo.
- b) A segunda resposta é uma variante da primeira. É a famosa fórmula de Radbruch que sustenta que uma norma manifestamente injusta não é direito. Mesmo que nesta variante não se invoque

³⁶⁹BULYGIN, Eugenio. **El Positivismo Jurídico**. México.D.F: Fontamara, 2006. p. 71,72.

³⁷⁰BULYGIN, Eugenio. **El Positivismo**...Op.Cit. p. 71.

³⁷¹BULYGIN, Eugenio. **El Positivismo**...Op.Cit. p. 71. Ver também: HOERSTER, Norbert. [1989] “El deber moral de obediencia al derecho” In: HOERSTER, Norbert. **En Defensa del Positivismo Jurídico**. Barcelona: Gedisa, 1992. pp. 147-158.

³⁷²BULYGIN, Eugenio. **El Positivismo**...Op.Cit. p. 71.

³⁷³BULYGIN, Eugenio. **El Positivismo**...Op.Cit. p. 72.

³⁷⁴BULYGIN, Eugenio. **El Positivismo**...Op.Cit. p. 72.

explicitamente o direito natural, a dificuldade que apresenta é substancialmente a mesma. Para determinar que uma norma é manifestamente injusta se requerem pautas objetivas de justiça, coisas nada fácil de se conseguir.

- c) A terceira solução deste problema consistiu em definir com maior precisão o alcance do positivismo e em particular distinguir [...] entre o [jus]positivismo ideológico e o positivismo metodológico ou positivismo como enfoque (*approach*). As ideias desenvolvidas por Kelsen, Alf Ross e Hart foram decisivas neste sentido.³⁷⁵

(ii) *Positivismo jurídico epistemológico* ou *científico*: por sua vez, as filosofias que integram o *juspositivismo epistemológico* “têm em comum, ao contrário, o objetivo, epistemológico, do conhecimento científico do direito positivo”, tal objetivo seria alcançado por meio de “investigações empíricas e de análises conceituais (dos conceitos jurídicos, a partir do conceito de direito) e estruturais (da estrutura dos direitos positivos), baseadas no *postulado da neutralidade ético-normativa* (*Wertfreiheit*)”.³⁷⁶

Note-se que a adoção do postulado da neutralidade por esta perspectiva não significa ausência de qualquer compromisso com os valores, e sim compromisso exclusivo em favor dos *valores epistêmicos* tais como: verdade, clareza conceitual, coerência lógica e terminológica, capacidade explicativa e honestidade intelectual. O *postulado da neutralidade* é o critério fundamental para se realizar a distinção entre as duas formas de “positivismo jurídico”, sendo imprescindível para o *juspositivismo epistemológico* e alheio ao *juspositivismo ideológico*.³⁷⁷ Compõem esta vertente teórica: a *analytical jurisprudence* de Bentham, Austin e seus seguidores; a teoria pura do direito de Hans Kelsen, o realismo jurídico (estadunidense e escandinavo); a jurisprudência (neo)analítica da escolas de Turim e Oxford, bem como o realismo analítico italiano. A tese “Não existe outro direito senão o direito positivo” é compreendida por esta vertente como tendo uma função prescritiva de “delimitar o objeto apropriado de investigações científicas sobre o direito”.³⁷⁸ A crítica e a rejeição ao direito natural, se existe (ressaltando que em Austin, por exemplo, *não existe*) é “exclusivamente desde o ponto de vista de uma consideração científica, empírica do

³⁷⁵BULYGIN, Eugenio. *El Positivismo*...Op.Cit. p. 72.

³⁷⁶CHIASSONI, Pierluigi. *El Discreto Placer*...Op.Cit. p.88.

³⁷⁷É partir desse critério que se distingue *jurisprudência expositiva* e *jurisprudência censória* (Bentham); *jurisprudência* e *ciência da legislação* (Austin); *ciência* (conhecimento científico) *do direito e política do direito* (Kelsen, Ross); *meta-jurisprudência descritiva* e *meta-jurisprudência prescritiva* (Bobbio); *teoria do direito e justificação do direito* (Hart); *metodologia descritiva* e *metodologia prescritiva* (Scarpelli).

³⁷⁸CHIASSONI, Pierluigi. *El Discreto Placer*...Op.Cit. p..89.

fenômeno ‘direito’” e nada tem a ver com a obediência ao direito positivo, “que é um problema estranho aos horizontes do conhecimento e se situa, ao contrário, no terreno das ideologias (da política do direito, da jurisprudência censória, das filosofias ou doutrinas da justiça)”.³⁷⁹

Tendo essa distinção em mente, Chiassoni afirma que é preciso fazer uma “última anotação lexical”: a expressão “positivismo jurídico” é uma “locução dotada de valores emotivos algumas vezes positivos (elogiadores), outras vezes negativos (depreciativos)”,³⁸⁰ sendo possível destacar três eventuais posições: (i) para os seguidores do *juspositivismo epistemológico*, o termo evoca coisas boas, como “modernidade, estudo científico do direito, liberação do pensamento jurídico de construções jusnaturalistas e outras quimeras metafísicas”;³⁸¹ (ii) para os seguidores do *juspositivismo ideológico* a expressão também evoca coisas boas, mas distintas, tais como o culto da legalidade, a obrigação de uma subordinação (incondicional) do indivíduo aos ditames da lei enquanto lei (*Gesetz ist Gesetz*), o culto da clareza, simplicidade e certeza do direito positivo e da racionalidade intrínseca da realidade do Estado-legislador; (iii) por fim, para os *jusnaturalistas* – em especial ao momento posterior ao término da II Guerra Mundial – trata-se de uma expressão carregada de valores emotivos em sentido negativo, tais como a idolatria pelo direito positivo enquanto tal, a substituição do valor *Justiça* pelo valor *Ordem*, a negação da dimensão moral transcendente do direito, o apego a uma certeza e justiça ilusórias, uma ideia pobre e degradante de cientificidade que permanece nos estreitos limites da experiência, a cumplicidade para com as formas mais demoníacas de regime político, etc. Em suma, para os anti-positivistas o vocábulo “positivismo jurídico” é *nomen ominosum*: marca infame para (supostos) inimigos da verdadeira ciência e da humanidade”.³⁸²

Tendo feito tais considerações, Chiassoni afirma que, quando levamos em consideração a distinção entre *juspositivismo epistemológico* e *juspositivismo ideológico*, a tripartição estrutural desenvolvida por Bobbio (método, teoria e ideologia) para caracterizar o positivismo jurídico de modo unitário parece enganosa. Vejamos a seguir as críticas que o jusfilósofo genovês tece à reconstrução unitária do professor de Turim.

³⁷⁹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 89.

³⁸⁰CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 89,90.

³⁸¹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 90.

³⁸²CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 91.

(a) *Positivismo jurídico como “modo de abordar o direito positivo” (método).*

Norberto Bobbio afirma que:

Na linguagem juspositivista o termo “direito” é então absolutamente avalorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor. Deste comportamento deriva uma particular *teoria da validade do direito*, dita teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal (vale dizer, em palavras simples, o seu aspecto exterior), prescindindo do seu conteúdo; segundo o positivismo jurídico, a afirmação da validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação do seu valor.³⁸³

Chiassoni faz três críticas a tal entendimento: (i) é possível afirmar que uma concepção não-valorativa do direito positivo é adotada pela perspectiva do *juspositivismo epistemológico*, mas não podemos dizer isso em relação aos adeptos do *juspositivismo ideológico*. Para estes últimos o termo direito positivo “possui uma conotação valorativa e uma ressonância emotiva favoráveis” e entendem que a afirmação da *validade* (juridicidade, pertencimento a um sistema jurídico) “de uma norma *implica* também na afirmação de seu valor prático” (v.g. força obrigatória);³⁸⁴ (ii) a *teoria formal da validade* não se deriva – ao menos não necessariamente – de uma concepção não-valorativa de direito. Isto, pois, “na descrição desapassionada (*wettfrei*) dos ordenamentos jurídicos positivos resulta, ao contrário, inevitável dar conta da presença eventual de *critérios substanciais* de validade, que apelam ao *conteúdo* das normas”;³⁸⁵ (iii) a *teoria formal da validade* se relaciona de modo estreito com os enfoques que se inscrevem no *positivismo jurídico ideológico*: é para tais vertentes que a “lei é direito (validade-juridicidade) e tem força obrigatória (validade-obrigatoriedade) – não apenas juridicamente, senão também moralmente ou em geral no plano prático – enquanto tal, prescindindo de conteúdo”.³⁸⁶ Tais confusões resultariam da tentativa de se atribuir a uma entidade inexistente (o “positivismo jurídico” como doutrina “unitária”) um elemento caracterizador como fundamental (v.g. concepção não-valorativa do direito positivo) quando, na verdade, tal elemento só poderia ser atribuído apenas a alguns “positivismos” (para os *juspositivismos epistemológicos*, por exemplo) e não para outros (os *juspositivismos ideológicos*).

³⁸³BOBBIO, Norberto. **O Positivismo...** Op.Cit. 131.

³⁸⁴CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...**Op.Cit. p.93.

³⁸⁵CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...**Op.Cit. p.93,94.

³⁸⁶CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...**Op.Cit. p. 94.

Como assevera Chiassoni, tais confusões “sugerem que seria melhor renunciar ao propósito de buscar uma unidade inalcançável”.³⁸⁷

(b) *Positivismo jurídico como “teoria do direito”*. Falando do juspositivismo enquanto “teoria do direito”, Bobbio distingue entre uma “teoria juspositivista em sentido estrito” e uma “teoria juspositivista em sentido lato”: (i) a “teoria juspositivista em sentido estrito” seria própria do “positivismo ingênuo” do século XIX (ou *paleo-juspositivismo*) e se caracterizaria por seis “concepções” acerca do direito positivo: (1) a *teoria coativa do direito*; (2) a *teoria legislativa do direito*; (3) a *teoria imperativa do direito*; (4) a *teoria da coerência*; (5) a *teoria da completude*; (6) a *teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito*; (ii) por sua vez, segundo Bobbio, a “teoria juspositivista em sentido lato” seria própria do século XX e rejeitaria as últimas três “teorias” como insustentáveis,³⁸⁸ mantendo as três primeiras, que do “sistema da teoria juspositivista [...] constituem as pilastras”,³⁸⁹ reformulando-as, porém, de modo a deixá-las mais sofisticadas.

Mesmo reconhecendo que a vertente que Bobbio denomina de “teoria juspositivista em sentido lato” consiste numa perspectiva menos superficial que a “teoria juspositivista em sentido estreito” (*paleo-juspositivismo*), ainda assim, do ponto de vista da distinção entre *juspositivismo ideológico* e *juspositivismo epistemológico*, ela apresenta “uma mescla de teses (‘teorias’, ‘concepções’) heterogêneas atribuíveis tanto a um [positivismo] como a outro”.³⁹⁰ Isto, pois, de um lado “há teses teóricas genuínas: há ‘teorias’ propriamente ditas, não importa se aceitáveis ou não enquanto *teorias*”; do outro, “há pseudo-teorias: quer dizer, teses ideológicas disfarçadas de *teorias*”.³⁹¹

A *teoria estatal legalista do direito* que Bobbio apresenta como “a” teoria “do positivismo jurídico” do século XIX, “não se limita a *descrever* de modo desapassionado e pontual as características essenciais da experiência jurídica dos Estados legislativos

³⁸⁷CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 95.

³⁸⁸Segundo o teórico genovês, “um ordenamento jurídico não é necessariamente coerente, porque podem coexistir no âmbito do mesmo ordenamento duas normas incompatíveis e serem ambas válidas (a compatibilidade não é um critério de validade); b) um ordenamento jurídico não é necessariamente completo, porque a completude deriva da norma geral exclusiva, ou norma de clausura, que na maior parte dos casos- excluído o direito penal - não existe; c) a interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disto não se dê conta, para chegar à decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar.” (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 237).

³⁸⁹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.237.

³⁹⁰CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.98.

³⁹¹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.98.

do século XIX”, ao contrário, ela “adota, defende e propaga a ideologia correspondente [...] sobrepondo-a à realidade, com resultados deformantes”.³⁹² De modo completamente distinto, a “jurisprudência expositiva universal” de Jeremy Bentham é, com todos os seus limites, uma genuína teoria do direito, não se adequando à explicação de Bobbio.³⁹³ Diante disso, Chiassoni afirma que a ideia de existência de *um juspositivismo teórico*, de *um* “sistema de teoria juspositivista”, do qual haveria variantes (sentido estrito e sentido amplo) sustentada pelo professor de Turim, “é enganosa”³⁹⁴ e indaga: por que não reconhecer que nessas filosofias do direito positivo se encontram, às vezes, teses genuinamente teóricas e outras vezes teses pseudo-teóricas (ideologias camufladas)? Por que não especificar que as primeiras seriam sustentadas pela categoria historiográfica do positivismo jurídico epistemológico enquanto as últimas constituem elementos típicos das filosofias que compõem a categoria historiográfica do positivismo jurídico ideológico?³⁹⁵

(c) *Positivismo jurídico como “ideologia do direito”*. Por fim, Norberto Bobbio entende ser possível falar do positivismo jurídico enquanto “ideologia do direito” distinguindo entre um (i) “positivismo ético extremista” e um (ii) “positivismo ético moderado”.³⁹⁶ O “juspositivismo ético moderado” pode ser compreendido a partir de três características básicas: (1) coincide com a ideologia iluminista que crê na supremacia da lei (geral e abstrata) produzida pelo Estado como meio apto a alcançar os valores de *ordem* (“contra a desordem fatalmente destrutiva da anarquia”); de *legalidade* da jurisdição (“contra o arbítrio dos juízes”); da *igualdade formal* (“contra as discriminações e privilégios”); da *certeza* do direito (formulado com leis claras, facilmente disponíveis e cognoscíveis, não retroativas”); (2) está “conectado estreitamente com o positivismo jurídico” teórico; (3) prescreve uma *obediência condicionada* ao direito positivo, (3a) “se e sempre que este apresente as características formais acima descritas”; e, segundo uma perspectiva ainda mais rigorosa que podemos chamar de *moderadíssimo*,³⁹⁷ (3b) “se, apresentando todas

³⁹²CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 99. Esta ideologia novecentista corresponde aos seguintes elementos: “supremacia da lei, separação de poderes, onipotência, racionalidade e bondade do legislador, princípio da legalidade da jurisdição e sujeição do juiz ‘mero aplicador’, cientificidade da jurisprudência”. (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 99).

³⁹³Ver CHIASSONI, Pierluigi. **L’Indirizzo Analitico Nella Filosofia del Diritto**. Vol.1. Da Bentham a Kelsen. Torino: Giappichelli. 2009. pp.2-114.

³⁹⁴CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.102.

³⁹⁵CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.102,103.

³⁹⁶CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.103. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo**...Op.cit. pp. 223-232.

³⁹⁷CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.103

aquelas características formais, não contém preceitos que violem os princípios do individualismo liberal”.³⁹⁸ Já o “juspositivismo ético extremista” coincide com a *teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal*, sintetizada no aforismo *Gesetz ist Gesetz* (a lei é a lei); trata-se de uma “afirmação de ordem não científica, mas moral ou ideológica”,³⁹⁹ cujas origens históricas são diferentes das origens históricas das outras teorias juspositivistas: “enquanto, de fato, estas últimas concernem ao pensamento racionalista do século XVIII, a primeira diz respeito ao pensamento filosófico alemão da primeira metade do século XIX e, em particular, a Hegel”.⁴⁰⁰

Se é certo que esta distinção feita por Bobbio entre os três tipos de doutrinas da obediência ao direito positivo é clarificadora e proveitosa, o que parece suspeito, por outro lado, “é a operação reconstrutiva que consiste em apresentar ‘o positivismo ético’ como aspecto ideológico do juspositivismo”.⁴⁰¹ Nesse sentido, Chiassoni apresenta quatro considerações importantes: (i) se o juspositivismo ético é uma categoria genérica para se referir ao *conjunto de doutrinas juspolíticas da obediência ao direito positivo*, teremos que reconhecer que numerosos jusnaturalistas (clássicos, medievais e modernos) que sustentaram algum tipo de ética da obediência às leis são “positivistas éticos”, tais como: Cícero, Tomás de Aquino, Samuel Puffendorf e mesmo John Finnis; (ii) é preciso reconhecer também que o liberalismo (herdeiro juspolítico do iluminismo) e a doutrina hegeliana do Estado ético “propõem doutrinas radicalmente diversas de obediência às leis, tanto enquanto ao conteúdo como enquanto ao seu transfundo filosófico”;⁴⁰² também é preciso salientar que ao longo da história os “juspositivistas” (tanto filósofos como juristas) adotaram “as doutrinas mais diferentes acerca da obediência ao direito positivo”; (iv) por fim, o teórico genovês afirma que é preciso reconhecer que a unidade do positivismo ético como aspecto do juspositivismo “não subsiste, senão como *escamotagem* verbal”,⁴⁰³ e questiona: por que não renunciemos totalmente essa tentativa de reconstrução unitária de “um aspecto do positivismo jurídico”? Porque não falamos apenas em doutrinas da

³⁹⁸CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.103

³⁹⁹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.104; BOBBIO, Norberto. **O Positivismo**...Op.cit. p.133.

⁴⁰⁰CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.104; BOBBIO, Norberto. **O Positivismo**...Op.cit. p.133.

⁴⁰¹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.104.

⁴⁰²CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.105.

⁴⁰³CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.105.

obediência ao direito positivo (“que algumas vezes ocorre sejam denominadas ‘positivistas’, ou bem imputadas ‘a positivistas’, ou bem apoiadas por ‘positivistas’”)?⁴⁰⁴

Frente a tais problemas, Chiassoni formula três sugestões: *primeiro*, quando formos abordar teorias apresentadas, por seus próprios autores ou por terceiros, como sendo “juspositivistas” ou pertencentes ao “positivismo jurídico”, “é melhor identificar exatamente os ingredientes que de fato as compõem”;⁴⁰⁵ *segundo*, tais componentes podem consistir em teses de quatro tipos distintos: (i) *teses epistemológicas*; (ii) *teses genuinamente teóricas*; (iii) *teses apenas aparentemente teóricas* que são, na realidade, teses ideologicamente disfarçadas; (iv) *teses ideológicas sobre a obediência do direito positivo* (pelos súditos/cidadãos em geral ou pelos juristas e funcionários) expressadas abertamente; *terceiro*, deve-se levar em conta que no interior de um mesmo discurso “positivista” tais teses podem apresentar-se isoladamente ou, como é mais frequente, em alguma combinação.

Diante das críticas de Pierluigi Chiassoni à reconstrução unitária de Bobbio e de sua recomendação por uma abordagem desconstrutiva, ou seja, por enfoque analítico que dissolve o sentido do positivismo jurídico em uma pluralidade de teses distintas, considerando cada uma delas como digna de exploração em si mesma, podemos indagar: quais são as teses que podem ser consideradas como mínimo de conteúdo do *juspositivismo epistemológico*?

3.3 O CONTEÚDO MÍNIMO DO POSITIVISMO JURÍDICO EPISTEMOLÓGICO

Após as considerações feitas nos tópicos anteriores, a fim de se alcançar uma melhor compreensão do nosso objeto de estudo, nossa indagação central (*o que é o positivismo jurídico?*) precisa ser agora retificada. Como apontado no último parágrafo do tópico anterior, a pergunta a ser feita deve ser reformulada do seguinte modo: quais são as teses que podem ser consideradas como mínimo de conteúdo do *juspositivismo epistemológico*?⁴⁰⁶

⁴⁰⁴CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.105.

⁴⁰⁵CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.106,107.

⁴⁰⁶Segundo Hart: “O que se entende por Positivismo Jurídico ou Positivismo na Filosofia Jurídica? Eu coloco a questão desta forma ao invés de perguntar clara e simplesmente o que é o Positivismo Jurídico porque o termo ‘positivismo’ usado pelos filósofos do direito não possui um significado definido ou inequívoco, e não conheço nenhum filósofo cuja obra tenha todas as várias características que em um momento ou outro tenham sido rotuladas de ‘Positivistas’. Por isso não vou tentar dar qualquer definição genérica de ‘positivismo’ ou estabelecer o que é sua essência. Ao invés disso, selecionei três teses

Dois exemplos de aproximação desse problema por meio da adoção de um enfoque analítico denominado “desconstrucionista” por Chiassoni se encontram, por exemplo, em Norbert Hoerster⁴⁰⁷ e em H.L.A Hart.⁴⁰⁸ Hoerster em 1989 afirmava que “há pelo menos cinquenta anos na filosofia jurídica alemã é quase de bom tom rejeitar e até condenar o positivismo jurídico”⁴⁰⁹ e já percebia com antecedência o problema que Chiassoni viu em Bobbio [v.g. as confusões geradas por uma reconstrução unitária “do positivismo jurídico”]:

Os mais importantes destes mal-entendidos e preconceitos [que fundamentam a rejeição e a condenação do juspositivismo] podem ser atribuídos ao fato de que aos representantes do positivismo jurídico é imputada uma concepção extremamente genérica da essência do direito. Desta maneira, não levam em conta que ao atribuir aos juspositivistas esta concepção genérica sobre a essência do direito, se lhes atribui, na verdade, toda uma série de teses muito diferentes [entre si] que são as que integram essa concepção genérica. Frequentemente não se leva em conta que aqui se trata de teses que não apenas são diferentes, mas também *logicamente independentes* umas das outras.⁴¹⁰

Assim como Chiassoni, o jusfilósofo alemão afirma que, sob o rótulo genérico “positivismo jurídico”, geralmente se escondem várias teses distintas e logicamente independentes uma das outras, sendo necessário diferenciá-las e analisá-las individualmente. Segundo Hoerster, é preciso deixar claro que três teses supostamente juspositivistas não compõem o conteúdo mínimo do conceito de positivismo jurídico e, por isso, não devem ser aceitas como parte do conceito mínimo do positivismo jurídico. O autor denomina as falsas teses positivistas do seguinte modo: (i) a *tese da lei* (“o conceito de direito deve ser definido por meio do conceito de lei”); (ii) a *tese da subsunção* (“a aplicação do direito pode ser efetuada em todos os casos mediante uma subsunção livre de valorações”); (iii) a *tese do legalismo* (“as normas do direito devem ser obedecidas em todas as circunstâncias”).⁴¹¹ Valendo-se da classificação de Chiassoni, é claramente perceptível que as duas primeiras são

sobre a natureza do direito.” HART, H.L.A. The New Challenge to Legal Positivism. Translated by Andrzej Grabowski. *in: Oxford J Legal Studies*. 36 (3), 2016. p. 459.

⁴⁰⁷ HOERSTER, Norbert. [1989] “En defensa del positivismo jurídico” In: HOERSTER, Norbert. **En Defensa del Positivismo Jurídico**. Barcelona: Gedisa, 1992. pp. 9-27.

⁴⁰⁸ HART, H.L.A. “Positivism and the separation of law and morals”. *In: Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, Feb., 1958. pp. 593-629.

⁴⁰⁹ HOERSTER, Norbert. “En defensa del...” Op.Cit. p.9.

⁴¹⁰ HOERSTER, Norbert. “En defensa del...” Op.Cit. p.9.

⁴¹¹ HOERSTER, Norbert. “En defensa del...” Op.Cit. p.11.

pseudo-teses ideologicamente disfarçadas e a última é uma *tese ideológica* (doutrina) abertamente expressada e, ainda que porventura tenham sido defendidas por um ou outro autor juspositivista em algum momento da história, nenhuma delas pertence ao núcleo mínimo de sentido do juspositivismo epistemológico.

Em um clássico ensaio de 1958 intitulado *Positivism and the Separation of Law and Morals*,⁴¹² Hart aponta que Jeremy Bentham e John Austin, os primeiros juspositivistas epistemológicos, defendiam ao menos três teses jusfilosóficas: i) a separação entre o que o direito é e o que o direito deve ser; ii) a defesa da necessidade de um estudo puramente analítico de conceitos jurídicos e de que tal estudo era tão vital para nossa compreensão da natureza do direito quanto os estudos históricos ou sociológicos – embora não os suplantassem; iii) e, por último, a famosa teoria imperativa da lei, ou seja, de que a lei é, essencialmente, um comando.

Segundo Hart, uma fonte de grande confusão na crítica ao positivismo jurídico é “a crença de que a falsidade de qualquer uma dessas três doutrinas na tradição utilitarista provaria que as outras duas eram falsas” ou, pior ainda, “a incapacidade de perceber que essas eram três doutrinas bastante distintas dentro desta tradição”.⁴¹³ Segundo o entendimento de alguns críticos, “as inadequações da teoria do comando, que gradualmente vinham à tona, bastavam para demonstrar a falsidade da separação entre o Direito e a moral”.⁴¹⁴ Portanto, o jusfilósofo de Oxford também sustenta a necessidade de desenvolver um enfoque analítico do positivismo jurídico, verificando se uma determinada tese é realmente parte do conteúdo mínimo do positivismo jurídico (epistemológico) e se a respectiva tese é logicamente independente das demais, ou seja, se a rejeição da suposta tese juspositivista afetaria as demais teses e se a verificação de sua improcedência afetaria a viabilidade do positivismo jurídico como empreendimento epistemológico.

Nesse ensaio, após algumas considerações introdutórias acerca do surgimento histórico do juspositivismo na Inglaterra, Hart desenvolve uma acurada análise de cinco teses supostamente positivistas, rejeitando, por exemplo, a tese do

⁴¹² HART, H.L.A. “Positivism and the separation of law and morals”. In: **Harvard Law Review**, Vol. 71, No. 4, Feb., 1958. pp. 593-629. As citações aqui serão feitas com base da tradução para o português publicada em: HART, H.L.A. [1958]. “O positivismo e a separação entre o Direito e a moral”. In: **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Trad. José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. pp. 53- 96.

⁴¹³ HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”. Op.Cit. p. 62.

⁴¹⁴ HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”. Op.Cit. p. 63.

imperativismo (ideia de que direitos são comando do soberano), do formalismo interpretativo e da *reductio ad hitlerum* operada por Radbruch.

No âmbito da literatura jusfilosófica, tornou-se comum entre os próprios juspositivistas afirmar-se que o sentido do positivismo jurídico epistemológico é composto de três teses básicas. Tanto H.L.A Hart quanto Eugenio Bulygin afirmam que o núcleo de sentido do *positivismo jurídico epistemológico* seria constituído pelas seguintes teses fundamentais: (i) a *tese da separabilidade conceitual entre direito e moral*; (ii) a *tese das fontes sociais*; (iii) a *tese da discricionariedade* jurídica.

(i) A *tese da separabilidade conceitual entre direito e moral* foi formulada por John Austin do seguinte modo:

A existência do direito [*law*] é uma coisa: seu mérito ou demérito é outra. Se ele é ou não é uma questão; se ele se conforma ou não a um suposto padrão é outra, diferente. Uma lei [*a law*], que realmente existe, é uma lei, ainda que não gostemos dela, ou ainda que ela divirja do texto em que nos baseamos para nortear nossa aprovação ou desaprovação. Essa verdade, quando anunciada formalmente como uma proposição abstrata, é tão simples e evidente que parece ocioso insistir sobre ela. Mas, simples e evidente como é, quando enunciada em expressões abstratas, a enumeração das ocasiões em que foi esquecida daria um livro.⁴¹⁵

Segundo Bulygin, o sentido desta tese é que a “validade jurídica de uma norma não implica necessariamente sua validade moral e a validade moral de uma norma não implica necessariamente sua validade jurídica”.⁴¹⁶ O jusfilósofo argentino afirma ainda que ninguém nega que existam muitos vínculos fáticos (históricos, sociais, políticos e linguísticos) entre o direito e a moral. *O que a tese da separabilidade* rejeita “é que haja, entre esses fenômenos sociais, alguma conexão necessária (lógica ou conceitual)”.⁴¹⁷ Nas palavras de Hart, “mesmo que existam numerosas e importantes conexões entre o direito e a Moralidade” a ponto de se afirmar que frequentemente “há uma coincidência ou sobreposição ‘de fato’ entre o direito de algum sistema e as exigências da Moralidade, tais conexões são contingentes, não necessárias lógica nem conceitualmente”.⁴¹⁸

⁴¹⁵ AUSTIN, John. [1832]. **The Province of Jurisprudence Determined**. Londres: Library of Ideas, 1954. p.184.

⁴¹⁶ BULYGIN, Eugenio. **El positivismo...** Op.Cit. p. 73.

⁴¹⁷ BULYGIN, Eugenio. **El positivismo...** Op.Cit. 73

⁴¹⁸ HART, H.L.A. “The New Challenge to...” Op.Cit. p. 460, 461.

(ii) A *tese das fontes sociais* é explicada por Bulygin quando afirma que a “existência e o conteúdo do direito de uma sociedade dependem de fatos sociais, isto é, de atos ou atividades dos membros desta sociedade”.⁴¹⁹ Hart explica que esta tese exige que “para que o direito exista deve haver alguma forma de prática social que inclua os juízes e os cidadãos ordinários” sendo que “esta prática social determina o que em qualquer sistema jurídico dado são as fontes últimas do direito, ou critérios últimos ou testes últimos de validade jurídica”.⁴²⁰ O professor de Oxford entende que “há importantes conexões entre esta tese das fontes sociais do direito que considera o último critério de validade jurídica determinado por alguma forma de prática social, e a tese da separação conceitual entre o direito e a Moralidade”.⁴²¹

(iii) Por fim, segundo Bulygin, a *tese da discricionariedade* afirma que quando “as normas jurídicas não regulam de forma clara um caso individual, os juízes podem resolvê-lo discricionariamente”.⁴²² Nos termos de Hart, a tese sustenta que “em todo sistema jurídico haverá sempre certos casos não previstos e não regulados juridicamente”, ou seja, “casos para os quais nenhum tipo de decisão é ditada pelo direito claramente estabelecido e, em consequência, o direito é parcialmente indeterminado ou incompleto”.⁴²³ Em tais casos (chamados “casos difíceis”, *hard cases*) o juiz deve “exercer sua discricionariedade e criar direito para o caso, ao invés de aplicar meramente o direito já preexistente e estabelecido”, mesmo que “ao fazê-lo possa muito bem estar sujeito a muitas restrições jurídicas que limitam sua escolha, das quais uma legislatura se encontra perfeitamente livre”.⁴²⁴

⁴¹⁹ BULYGIN, Eugenio. **El positivismo...** Op.Cit. 74.

⁴²⁰ HART, H.L.A. “The New Challenge to...” Op.Cit. 461.

⁴²¹ HART, H.L.A. “The New Challenge to...” Op.Cit. p.462.

⁴²² BULYGIN, Eugenio. **El positivismo...** Op.cit. 74. Bulygin afirma: “Esta tese não foi expresamente sustentada por todos os autores mencionados; é particularmente duvidoso que Kelsen a aceitaria, levando em conta seu firme apoio à tese da completude do direito. Todavia, ao menos a partir de Hart, a tese da discricionariedade forma parte do núcleo definatório do positivismo jurídico em sua variante metodológica”. (BULYGIN, Eugenio. **El positivismo...** Op.cit.p.74).

⁴²³ BULYGIN, Eugenio. **El positivismo...** Op.cit. p. 74.

⁴²⁴ BULYGIN, Eugenio. **El positivismo...** Op.cit. p. 74. Bulygin corretamente rejeita a *tese da completude do direito* como parte integrante do núcleo de sentido mínimo do sentido de “juspositivismo” e afirma – apesar de fazer a ressalva do pensamento kelseniano – que “ao menos a partir de Hart a tese da discricionariedade forma parte do núcleo definatório do positivismo jurídico em sua variante metodológica” (BULYGIN, Eugenio. **El positivismo...** Op.cit. p. 74). Todavia, não podemos concordar totalmente com tal asserção, pois, ainda que quase a totalidade dos juspositivistas epistemológicos tenham sustentado a validade da *tese da discricionariedade* isso – por si só – não a torna uma tese necessária do conceito de “juspositivismo epistemológico”. Podemos explicar isso a partir das considerações de Juliano Maranhão: “Segundo o critério de necessidade, posso ter proposições necessárias como «o direito se manifesta por meio de linguagem (verbal ou não)», mas que não são adequadas por não serem suficientemente distintivas da prática jurídica, daí o critério de adequação. Discute-se, porém, que uma teoria do direito poderia conter proposições não necessárias, mas que ainda assim seriam importantes ou suficientemente reveladoras para a nossa compreensão da prática

Mesmo reconhecendo que esta aproximação analítica do juspositivismo epistemológico nos forneça uma grande capacidade explicativa deste complexo fenômeno cultural, é possível aprofundar ainda mais o sentido básico desta corrente jusfilosófica aqui denominada de positivismo jurídico epistemológico. Isto pode ser feito especificando melhor o sentido das teses consideradas básicas pelos próprios juspositivistas, como faz o jusfilósofo espanhol Juan Carlos Bayón Mohino em seu artigo intitulado *El contenido mínimo del positivismo jurídico*.⁴²⁵ Com a finalidade de compreender o sentido do positivismo jurídico epistemológico, apontaremos abaixo apenas como o autor fornece um detalhamento específico daquilo que considera ser as teses básicas do juspositivismo sem, contudo, reconstruir analiticamente e pormenorizadamente sua argumentação em tal estudo.

Bayón afirma que, após as contribuições de Bobbio e Hart para a compreensão da temática, “já é um lugar comum a distinção entre [jus]positivismo ideológico, formalismo jurídico e positivismo metodológico ou conceitual”⁴²⁶ – aqui denominado de positivismo jurídico epistemológico – na teoria do direito contemporânea, admitindo-se que essas três concepções são “logicamente independentes, que as duas primeiras são rejeitáveis e que é a terceira a que constitui o autêntico núcleo para o que deveríamos reservar – já liberada a ambiguidade – a expressão ‘positivismo jurídico’”.⁴²⁷ Assim como Chiassoni apontou que a tese “*não*

e mesmo para o desenvolvimento da própria prática (assim, o fato de que os ordenamentos, em geral, são coercitivos como algo não necessário, mas importante para a organização de nossas expectativas e presunções sobre o direito – exemplo análogo seria a propriedade «voar» para a organização de nossas experiências sobre os pássaros, ainda que não seja uma propriedade necessária da espécie). [...] Não é o caso de adentrar nesta discussão no presente trabalho, mas de qualquer forma, parece adequado separar projetos: um *definitório*, na qual o elemento necessidade tem papel fundamental, e outro *prático*, no qual características não essenciais, mas importantes em alguma valoração sobre a prática do direito, podem ter utilidade por exemplo em teorias sobre adjudicação”. (MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p.31,32, nota de rodapé). A tese da *discrecionalidade* parece ser uma tese vinculada a um projeto prático de explicação histórica do positivismo, mas certamente não é adequada a um projeto que se proponha como *definitório*, tendo em vista que um indivíduo poderia corretamente ser um juspositivista epistemológico e ao mesmo tempo rejeitar a tese da *discrecionalidade* se maiores problemas (ainda que a quase totalidade dos juspositivistas não o façam). Juliano Maranhão, por exemplo, é um juspositivista epistemológico que rejeita a validade da tese da *discrecionalidade* (entendida como autorização plena para o juiz legislar nos casos em que o direito positivo não é explícito). Veremos mais à frente que Juan Carlos Bayón Mohino também não a inclui entre as teses fundamentais do juspositivismo epistemológico em seu estudo sobre o conteúdo mínimo do positivismo.

⁴²⁵ BAYÓN MOHINO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del positivismo jurídico”. In: ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio (Comp.). **Horizontes de la Filosofía del Derecho**. Homenaje a Luis García San Miguel Alcalá de Henares. Alcalá: Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2002. pp. 33-54. Disponível em: <http://migre.me/w4vBz> Acesso em: 12.02.2017. Valemo-nos, neste trabalho, da paginação disposta segundo o arquivo em sua edição digital.

⁴²⁶ BAYÓN MOHINO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.1.

⁴²⁷ BAYÓN MOHINO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.1.

existe outro direito senão o positivo” formulada por Bobbio para caracterizar o juspositivismo de forma unitária na verdade possuiria vários sentidos distintos, sendo não uma, mas muitas teses subjacentes a um mesmo enunciado, Bayón afirma que tanto a *tese da separabilidade* quanto a *tese das fontes sociais* também possuiriam vários sentidos distintos – constituindo várias teses logicamente independentes que se encontrariam subjacentes a cada uma das teses principais expostas – que precisam ser claramente especificadas. Para o autor, tal análise poderia evidenciar a possibilidade da adoção de apenas algumas das teses subjacentes, e não a aceitação ou rejeição das teses principais em bloco.

Segundo Bayón, tal tarefa se mostra importante e atual na medida em que as fronteiras entre as teorias que compõem o positivismo jurídico epistemológico e suas rivais contemporâneas estão cada vez mais obscuras (ao menos se ficarmos apenas com a caracterização elementar trinária, como exposto acima a partir de Hart e Bulygin). Esta pluralidade de teses subjacentes a um mesmo enunciado parece estar situada “em diferentes pontos de uma inóspita “terra de ninguém” entre positivismo e não-positivismo, para a qual se chegou inclusive a improvisar uma etiqueta circunstancial – ‘pós-positivismo’ – de nulo poder explicativo”⁴²⁸ sendo necessário um bom mapa dessa terra de ninguém, “que [nos] ajude a situar com clareza o que se discute em cada caso e de que modo cada uma dessas discussões se relaciona com as demais”.⁴²⁹ O propósito do estudo de Bayón é precisamente procurar traçar esse mapa conceitual.

(a*) A *tese da separabilidade conceitual entre direito e moral* compreendida como ‘*uma coisa é o direito como ele é, outra coisa é como ele deve(ria) ser*’ (o direito é moralmente falível), esconderia, segundo o entendimento de Bayón, ao menos duas teses logicamente independentes entre si: (i) a *tese da não-conexão identificatória entre direito e moral*, expressada como “nada é direito simplesmente porque seja justo ou que nada deixa de ser direito simplesmente porque seja injusto”,⁴³⁰ e (ii) a *tese do valor moral contingente do direito*, que afirmaria que “todo o direito possui necessariamente um valor moral (mesmo que seja um valor moral não absoluto ou concludente, senão meramente *prima facie*)”.⁴³¹ Como aponta o jusfilósofo espanhol, o fato de que ambas as teses possam ser sustentadas conjuntamente sem

⁴²⁸ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.3.

⁴²⁹ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.4.

⁴³⁰ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.8.

⁴³¹ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.9.

contradição “não implica de modo algum que a ideia de que todo o direito possui necessariamente valor moral seja aceitável”, (Bayón, por exemplo, a rejeita).⁴³² O autor salienta que a adoção da *tese do valor moral contingente* exige dois passos necessários: a especificação de uma série de propriedades empíricas que constituiriam por definição o que é o direito; a afirmação de um princípio moral que reputasse positivamente valiosos “os estados de coisas em que ocorram precisamente essas propriedades empíricas ou as consequências das mesmas”.⁴³³

(a**) Segundo Bayón, a *tese da separabilidade* às vezes também é utilizada para se referir a outra grande divisão, isto é, acerca do “reconhecimento do hiato existente entre o conhecer ou descrever e avaliar ou prescrever”.⁴³⁴ Mesmo que o autor espanhol não deixe isso claro em seu estudo, é preciso distinguir essas duas concepções: o sentido anterior da *tese da separabilidade* possui caráter *ontológico*, versando sobre o sentido do *direito positivo* (o “ser” do direito); o sentido agora analisado é completamente distinto, é *epistemológico* e versa sobre a questão da descritividade da *ciência do direito* (o “conhecer” o direito). Assim, um indivíduo que afirma a *tese da separabilidade* nesse sentido estaria afirmando “que as proposições acerca do que o direito dispõe não implicam juízos de valor”.⁴³⁵

Mesmo afirmando a *tese da separabilidade* desse modo, Bayón afirma que seria possível compreender duas coisas distintas desse enunciado: (i) chamarei este primeiro sentido (tendo em vista que o autor não fornece nenhum nome para tal entendimento) de *tese da descrição fática* e significa que tais proposições são “verificáveis exclusivamente em relação a certos fatos observáveis empiricamente”, ou seja, “que a operação consistente em identificar o direito não compreende, como um de seus passos, nenhum tipo de avaliação moral”;⁴³⁶ (ii) o segundo sentido é denominado por Bayón de *tese epistêmica da neutralidade* e significa que ‘o direito não é adequadamente compreendido a menos que se capte sua natureza de práticas governadas por regras’, o que implicaria “a existência de indivíduos que adotam em relação às mesmas uma atitude de aceitação”.⁴³⁷ Todavia, da aceitação da *tese epistêmica da neutralidade* “não segue de modo algum que ao teórico estejam

⁴³² BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.9.

⁴³³ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.10.

⁴³⁴ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.10.

⁴³⁵ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.10.

⁴³⁶ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.10.

⁴³⁷ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.11.

vedados o genuíno conhecimento e a possibilidade de descrição correta destas práticas a menos que ele mesmo adote também esta atitude”.⁴³⁸ Dito com outras palavras: a *tese epistêmica da neutralidade* significa “que o conhecimento e a descrição de práticas sociais [complexas como o direito] pressupõem uma referência à atitude daqueles que aceitam as regras, não a *adoção* dessas atitudes”.⁴³⁹ Tais teses são autônomas e excludentes entre si e, apesar de ambas as teses serem compatíveis com a perspectiva epistemológica juspositivista, Bayón considera *tese epistêmica da neutralidade* como sendo a versão mais correta.⁴⁴⁰

(b) Antes de adentrar no sentido das demais teses, Bayón desenvolve um importante argumento que aqui deixaremos apenas registrado. Se nos pontos anteriores o autor esclareceu e especificou o que significa a *tese da separabilidade* (ou melhor, as teses que se ocultam por detrás de sua afirmação em um sentido genérico), agora destaca o que a adoção da *tese da separabilidade* “não” significa. O jusfilósofo espanhol analisa duas ideias que às vezes são qualificadas “como postulações de vínculos necessários entre o direito e a moral, isto é, como negações da tese da separação e supostamente incompatíveis, em virtude disso, com o

⁴³⁸ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.11.

⁴³⁹ Segundo Bayón: “A distinção entre estes níveis me parece importante para esclarecer em que entido me parece viável e em qual não a ideia, na qual insistem alguns teóricos do direito atuais – e entre eles, é claro, Dworkin – de que para identificar o direito é preciso ‘adotar o ponto de vista do participante’. Esta é uma expressão pouquíssimo clara e suspeito que nem todos os que a usam têm em mente exatamente a mesma coisa. Se se entende como rejeição da tese epistêmica da neutralidade, quer dizer, como afirmação de que não é possível a descrição não comprometida de práticas sociais, me parece que há boas razões para duvidas de sua viabilidade (e é fundamental destacar, para dizê-lo sinteticamente com as palavras de Hart, que as descrições são descrições mesmo que o que se descreve sejam valorações). Penso, contudo, que se pode apontar para algo relevante se entendemos que o que está em jogo não é se cabe ou não o conhecimento sem aceitação de fatos sociais, mas sim o que é o que constitui estes fatos e em que sentido se pode predicar objetividade a eles (isto é, se trasladamos a questão ao plano ontológico, de um modo que tratarei de esclarecer depois)”. (BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.11,12).

⁴⁴⁰ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.11. Explicando em pormenores: “Uma coisa é aceitar a estipulação de que a existência e o conteúdo do direito dependem somente de fatos sociais; outra, afirmar que é viável a identificação de fatos sociais como operação estritamente cognitiva, independentemente da adoção de atitudes práticas; e todavia uma terceira, adotar alguma posição determinada acerca de que constitui esses fatos sociais, quer dizer, em que constitui sua objetividade. O primeiro trata de assumir uma regra conceitual; o segundo, de aceitar uma tese epistemológica no campo das ciências sociais; o terceiro, de adotar uma determinada ontologia dos fatos sociais. Creio que muitos daqueles que proclamam sua adesão [...] na realidade aceitam três coisas ao mesmo tempo: a tese social como regra conceitual, mais a tese epistêmica da neutralidade, mais uma específica ontologia dos fatos sociais (a que me referirei mais adiante, usando a terminologia de Coleman e Leiter, como ‘tese da objetividade mínima’). Mas a segunda e a terceira, são teses *substantivas* cuja aceitabilidade não poderia depender somente da adoção de uma estipulação conveniente”. (BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.11).

positivismo jurídico”:⁴⁴¹ (i) a *tese da conexão justificatória entre o direito e a moral*;⁴⁴² e (ii) a *tese da pretensão de correção*.⁴⁴³ Para Bayón, ambas as teses são compatíveis com uma postura juspositivista, ou seja, com a *tese das fontes*; com a *tese da separabilidade*; e com a *tese epistêmica da neutralidade*. Isso significa que a aceitação da *tese da separabilidade* não implica necessariamente na rejeição destas duas teses supostamente anti-juspositivistas.

(c) A *tese das fontes sociais* também é passível de uma decomposição em (sub)teses ainda mais básicas. Como entende Bayón, é possível, na teoria do direito contemporânea, verificar a defesa de duas versões da *tese das fontes sociais*: (i) uma *versão forte*, sustentada por Joseph Raz, por exemplo; e (ii) uma versão fraca, sugerida inicialmente por Phillip Soper e David Lyons ainda no final da década de setenta do século passado, desenvolvida posteriormente por Jules Coleman e Wilfried Waluchow e (ao menos aparentemente) adotada por H.L.A. Hart em seu pós-escrito.⁴⁴⁴ Segundo a *versão forte* da *tese das fontes*, “o que é e o que não é o direito depende

⁴⁴¹ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.12.

⁴⁴² Para Bayón, essa tese possui caráter conceitual (não é empírica nem normativa) e significa: “que a ideia de justificação (genuína ou comprometida, isto é, não meramente hipotética) do seguimento de uma prática social, quando isso implica a exigência de terceiros de certas ações ou abstenções mesmo quando estas vão contra seus interesses, pressupõe a aceitação de um raciocínio prático de estrutura complexa no qual o fato da existência de tal prática é tomado em conta como razão auxiliar e no qual a razão operativa há de ser de natureza moral. Trasladada esta ideia geral para o campo do direito, o que ela implica – dito sinteticamente é que entre as razões prudenciais ligadas ao exercício da coação e a genuína obrigatoriedade moral não existe espaço conceitual possível para uma presumível obrigatoriedade ou ‘força vinculante’ especificamente jurídica. [...] [Ela seria compatível com o juspositivismo epistemológico, pois,] a tese da conexão justificatória faz o seu trabalho, por assim dizer, uma vez que o direito já tenha sido identificado”. (BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p. 13,14).

⁴⁴³ No entender de Bayón, a tese da pretensão de correção se articula em três passos: “Afirma, em primeiro lugar, que todo direito exhibe uma pretensão de legitimidade, quer direito, pretende criar obrigações nos destinatários de suas normas, não meramente obrigando-os a fazer algo: esta afirmação resulta simplesmente de se adotar uma especificação da tese social com acréscimo de que uma prática social carente deste traço ficaria fora da denotação do termo ‘direito’. Acrescenta, em segundo lugar, que essa pretensão, quando é sincera – e naturalmente pode não sê-la –, implica conceitualmente a afirmação por parte de quem a mantenha de que existem razões morais para fazer o que o direito prescreva (o que não é senão um corolário de ter aceitado a tese da conexão justificatória). E por último, se agrega a tese empírica de que verossimilmente – não necessariamente, note-se bem – ali onde há um sistema jurídico ao menos uma parte dos funcionários do sistema mantém realmente essa pretensão de maneira sincera. Analisada desse modo, me parece óbvio que se se aceita que a tese da conexão justificatória é compatível com a tese social, com a tese do valor moral contingente do direito e com a tese epistêmica da neutralidade, a tese da pretensão de correção tem que sê-la também”. (BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.14,15).

⁴⁴⁴ Esta posição diz respeito ao entendimento adotado pelo autor em seu “Pós-escrito”, acrescentado a partir da segunda edição de *The Concept of Law*. Todavia, é discutível até que ponto a posição de Hart é realmente equiparável ao entendimento sustentado por Coleman ou Waluchow. Nesse sentido, ver: GREEN, Leslie. “The Concept of Law Revisited” In: **Michigan Law Review**. N. 94, 1996. pp. 1705-1709.

exclusivamente de fatos sociais”.⁴⁴⁵ Para a versão *fraca*, ao contrário, é possível existir dois níveis: em primeiro lugar, afirma-se que “quais são e quais não são os critérios de identificação do direito dependeria sim exclusivamente de fatos sociais”; todavia, em segundo lugar, “seria *possível* que de fato alguns desses critérios de identificação, que contam como tais somente porque são convencionalmente aceitos, consista precisamente na satisfação de certas exigências morais” e, em tais situações, seria o caso de que a identificação de genuínas normas jurídicas exija “inescusavelmente o desenvolvimento de um raciocínio moral”. De outro modo: “é de natureza convencional a identificação dos critérios de identificação do direito, não forçosamente estes últimos”.⁴⁴⁶

(d) Por fim, Bayón traz uma reflexão de considerável relevância na compreensão do sentido do positivismo jurídico epistemológico. Segundo crê o autor, se nos perguntarmos, então, pelo mínimo denominador comum de todas as teses que compõem o juspositivismo epistemológico, obteremos um núcleo básico que ele denominará de *tese convencionalista*: “Talvez esta tese possa ser chamada com propriedade de conteúdo mínimo do positivismo jurídico”.⁴⁴⁷ Esta tese afirma apenas “que o direito é uma função de práticas sociais, sem comprometer-se com nenhum ponto de vista determinado acerca de que classe de função seria”, nesse sentido, “a resposta da tese convencionalista a esta última pergunta teria de ser, justamente, que isso depende por completo da forma precisa que adotem em cada caso estas convenções”.⁴⁴⁸

A *tese convencionalista* deixa em aberto algumas questões: (i) Quais seriam os fatos sociais relevantes para a identificação do direito (“ordens respaldadas por ameaças e hábitos de obediência; ou decisões dos órgãos aplicadores; ou uma prática social de reconhecimento desenvolvida por estes em relação com as prescrições emanadas de certas fontes, etc”)? (ii) Que tipo de relação existe entre normas e fatos sociais (‘de redutibilidade, como sustentam as distintas variantes do realismo jurídico; ou de superveniência, como talvez haveria de postular qualquer forma de positivismo

⁴⁴⁵ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.17.

⁴⁴⁶ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.18.

⁴⁴⁷ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.5.

⁴⁴⁸ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p. 18. A tese convencionalista é o mínimo comum aceito tanto por aqueles juspositivistas que defendem a tese forte das fontes sociais, quanto daqueles que sustentam a tese fraca. Nesse sentido, Cf. WALUCHOW, Wilfrid.. “The many faces of legal positivism”. In: **University of Toronto Law Journal**, vol. XLVIII, 3, 1998. p. 395; e COLEMAN, Jules. “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”. In: **Legal Theory**, n.4, 1998. p. 385.

normativista')? Deste modo, segundo Bayón, “ficaria explicado o que têm em comum todas as teorias positivistas do direito e em que pode consistir a diferença entre elas”.⁴⁴⁹ Entretanto, a *tese da convencionalidade* ainda deixaria em aberto uma terceira questão, que parece ser mais decisiva que as anteriormente expostas: (iii) ‘o que quer dizer que exista uma regra ou uma prática social, isto é, que tipo de objetividade possuem as entidades convencionais e o que determina sua extensão ou conteúdo’?⁴⁵⁰ A resposta de Bayón é: o que torna “possível a existência de versões crucialmente diferentes da tese das fontes sociais é que o seu núcleo mínimo, a tese convencionalista, pode combinar-se com *diferentes ontologias dos fatos sociais*”.⁴⁵¹ É esta ideia que podemos considerar como tendo grande relevância para compreensão do sentido do positivismo jurídico epistemológico e será melhor explicada a seguir.

O jusfilósofo espanhol apresenta a questão nos seguintes termos:

A aceitação de uma ontologia convencionalista em relação ao direito equivale a assumir que a realidade deste está constituída pela atividade de seres humanos e consiste meramente em um conjunto de crenças compartilhadas e de atitudes e expectativas interdependentes. Supõe, por conseguinte, a rejeição do realismo metafísico acerca do direito (que obrigaria a postular neste campo a existência de entidades constitutivamente independentes das mentes humanas), mas sem negar de modo algum a objetividade do mesmo. Contudo, a objetividade das entidades convencionais pode ser concebida de maneiras distintas. Em outras palavras: uma coisa é aceitar que a existência e o conteúdo do direito dependem apenas de fatos sociais; outra, postular alguma tese em particular acerca do que é o que constitui esses fatos sociais, em que consiste sua objetividade. Tendo em mente a distinção destes dois planos é possível, segundo creio, traçar com mais clareza a cartografia de algumas discussões que parecem mais interessantes na teoria do direito recente.⁴⁵²

Para Bayón, haveria ao menos dois modos de se compreender a objetividade das entidades convencionais: (i) a primeira seria por meio da afirmação da *tese da objetividade mínima* (como foi denominada por Jules Coleman e Brian Leiter);⁴⁵³ (ii) a

⁴⁴⁹ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.18.

⁴⁵⁰ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.21

⁴⁵¹ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.21.

⁴⁵² BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.21.

⁴⁵³ Cf. LEITER, Brian. “Objectivity and the problems of jurisprudence”. In: **Texas Law Review**. n.º 72, 1993. p. 192; COLEMAN, Jules; LEITER, Brian. [1993] “Determinacy, Objectivity and Authority”. In: MARMOR, Andrei.(ed.). **Law and Interpretation**. Essays in Legal Philosophy. Oxford: Clarendon, 1995. p. 253.

segunda, da afirmação da *tese do convencionalismo profundo* (como denominado por Michael S. Moore)⁴⁵⁴.

(i) A *tese da objetividade mínima* parece ser a tese adotada pelo juspositivismo hartiano⁴⁵⁵ e afirma que “só tem sentido dizer que existe uma regra social quando existe acordo explícito acerca do conjunto de suas aplicações corretas” e, assim sendo, ‘para além do ponto no qual se estende esse acordo explícito – por definição – não há regra compartilhada’.⁴⁵⁶ Portanto, segundo esta tese não há que se falar (seria “*nonsense*”; um absurdo) na “ideia de erro generalizado acerca da extensão de uma regra social”: mesmo que um determinado indivíduo possa equivocar-se acerca do que exige uma regra social, “por definição, não seria possível que a comunidade em seu conjunto – ou a maior parte dela – incorra nesse tipo de erro”.⁴⁵⁷

De modo específico, a adoção conjunta da *tese da convencionalidade* com a *tese da objetividade mínima* como ontologia específica dos fatos sociais implica não apenas na adoção de uma concepção teórica em que o direito não existe para além do ponto a que chegam as convenções sociais relevantes, mas também que essas convenções se estendem somente até onde chega o acordo explícito. Isto implica igualmente que “não pode haver desacordos genuínos acerca do que uma regra social exige para um caso controvertido (porque a existência mesmo da controvérsia estaria destacando que simplesmente não há regra compartilhada que se aplique a este caso)”.⁴⁵⁸ Segundo o entendimento do jusfilósofo espanhol, em que pese a *tese da*

⁴⁵⁴ MOORE, Michel S. [1987]. “Metaphysics, epistemology and legal theory”. In: MOORE, Michel S. **Educating Oneself in Public**. Critical Essays in Jurisprudence. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 251.

⁴⁵⁵ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.21. Hart afirma em *The Concept of Law* que indeterminação se dá em razão da ausência de um “acordo geral”. Tal afirmação também se encontra em HART, H.L.A. “Problems of the Philosophy of Law” [1967] In: HART, H.L.A. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1983. p. 106. Todavia, Bayón ressalta que, às vezes, tem-se argumentado que a atribuição deste ponto de vista sobre a objetividade de entidades convencionais a Hart não faz justiça à sua abordagem das convenções sociais. Nesse sentido, ver, por exemplo: ENDICOTT, Timothy. “Herbert Hart and the Semantic Sting” In: **Legal Theory**. n.4, 1998. p. 283-300. Para além desse problema, o que nos interessa é “compreender a ideia mesma e a possibilidade ou não de articular alguma versão consistente da tese das fontes sociais que prescindam dela, não a sua atribuição a algum autor em particular”. BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.21.

⁴⁵⁶ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.21,22.

⁴⁵⁷ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p. 22.

⁴⁵⁸ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.22. A última crítica de Dworkin ao positivismo jurídico (feita em *Law’s Empire*) acerca dos “desacordos teóricos” assume justamente a premissa de que o juspositivismo é uma concepção teórica que necessariamente concebe a *tese das fontes sociais* como resultado da conjunção entre *tese da convencionalidade* e *tese da objetividade mínima*. Sobre o tema na literatura jurídica nacional, conferir: MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

objetividade mínima ser usualmente adotada pelos juspositivistas contemporâneos, ela possuiria insuficiências patentes, simplificando “em excesso a natureza e condições de existência dos fatos convencionais”.⁴⁵⁹ Para Bayón, haveria outro modo de se conceber a *tese da convencionalidade*, valendo a pena explorar uma forma distinta de se considerar a objetividade das entidades convencionais.

(ii) A *tese do convencionalismo profundo* seria, justamente, essa forma distinta de se conceber a ontologia das convenções sociais. Para o teórico espanhol, é claro que a existência de qualquer prática social normativa requer *critérios* de correção compartilhados, ou seja, qualquer abordagem que se pretenda autenticamente convencionalista deve adotar a premissa de que são aqueles critérios que a própria comunidade considera corretos que *irão definir “sin más”* o que é correto.⁴⁶⁰ O que o *convencionalismo profundo* sustenta – diferentemente da *tese da objetividade mínima* – é que não é necessário que cada um dos membros de uma comunidade (na verdade, nem sequer ao menos um) seja capaz de articular e expressar exaustivamente os critérios de correção, nem que haja acordo perfeito nas aplicações efetivas dos mesmos, para que se possa afirmar que a comunidade compartilha efetivamente critérios abertos de correção. Assim sendo, “a existência de critérios públicos se *mostra ou se exhibe* no acordo em torno a certos casos paradigmáticos que se reconhecem como aplicações corretas da regras”, isto sem significar “que a extensão de tais critérios se *limite* a essas aplicações”.⁴⁶¹ Em suma, a *tese do*

MACEDO JR., **O Direito em Desacordo**: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico. Tese de Titularidade, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

⁴⁵⁹ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.24. As insuficiências da tese da objetividade mínima se fazem patentes na discussão acerca do seguimento de regras. A ideia mesmo de ‘seguir uma regra’ implica que deve ser possível distinguir entre seguir realmente a regra e meramente crer que se segue (i.e. entre o que *são* aplicações corretas da regra e o que parecem ser a alguém que a são), o que requereria *critérios públicos* de correção. Contudo, o problema estriba no que se afirma - como faria a tese da objetividade mínima - que o critério público de correção é o acordo acerca de que atos de *aplicação* são corretos (algo, por certo, que poderia identificar-se através da mera observação, - suficientemente atenta - do que ocorre na comunidade correspondente), essa resposta parece chamada a sucumbir sem remissão ante o desafio cético kripkeano. Porque, se se sustenta que é o acordo acerca de que atos de aplicação do *passado* foram corretos, a forma dos mesmos – como Kripke sublinha – pode ser mostrar como atos de aplicação de um número potencialmente infinito de regras distintas (quer dizer: se é este tipo de acordo p que constitui a regra, como este acordo somente pode versar acerca de um número finito de aplicações da mesma, fica sem explicação de que modo a regra poderia guiar-nos em alguma direção determinada para além do conjunto de casos já contemplados). E se se sustenta ao contrário que é o acordo que recaia a posteriori sobre cada ato de aplicação é que determina a correção, então se está aceitando em seus próprios termos a conclusão cética (e a ideia de *ter sido guiado por uma regra* tornaria esse preciso ato de aplicação resultaria puramente ilusório. (BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p. 23,24).

⁴⁶⁰ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.24.

⁴⁶¹ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.25.

convencionalismo profundo enfatiza que o reconhecimento de casos paradigmáticos implicaria dominar uma determinada técnica de uso que, por sua vez, não requereria mais do que um conhecimento *tácito* dos critérios de correção, que não precisariam encontrar-se perfeitamente transparentes a cada indivíduo que os usa.⁴⁶²

Esta compreensão implica em resultados significativamente diferentes dos advindos da *tese da objetividade mínima*. Diferentemente do que ocorre com a *tese da objetividade mínima*, casos como (a) uma situação em que a maioria da comunidade se equivoca ao considerar correta (ou incorreta) certa aplicação de uma regra ou, ainda, (b) um caso em que ficasse demonstrado que nenhum dos pontos de vista enfrentados pode ser tido como correto segundo uma regra, não seriam vistos como hipóteses de casos sem sentido (“*nonsense*”; absurdo). Isto, pois, sem deixar de ser uma autêntica forma de *convencionalismo*.⁴⁶³

A tese do *convencionalismo profundo* não aceita que a resposta jurídica a um determinado caso tenha necessariamente de vir dada como pronta apenas e tão somente por uma constatação do que o conjunto da comunidade sustenta a respeito, “porque não seria o acordo explícito em torno das aplicações concretas o que as define como corretas, senão o plano de fundo [*background*] de critérios compartilhados”.⁴⁶⁴ De tal modo, “quando surgem desacordos, os intentos de resolvê-los consistem em intentar ‘articular algo desse plano de fundo [*background*] que antes nunca havia sido articulado’”.⁴⁶⁵ Diante disso, podemos indagar: “como podemos acessar esse plano de fundo de critérios compartilhados, quer dizer, que tipo de epistemologia requer o convencionalismo profundo”?⁴⁶⁶

No entender de Bayón, o acesso se daria na forma de “um raciocínio de natureza holista” que, partindo do que à primeira vista parecem ser os casos paradigmáticos, se desenvolveria em pelo menos três passos: (i) estabelecimentodo

⁴⁶² BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.25.

⁴⁶³ Nas palavras do autor: “porque que não faz consistir a objetividade do tipo de fatos dos que pretende dar conta em nada ontologicamente distinto de um conjunto de crenças e atitudes compartilhadas” (BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.25).

⁴⁶⁴ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.24.

⁴⁶⁵ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.24, 25. Como destaca Bayón: “o convencionalismo profundo admite a possibilidade de um erro generalizado da comunidade acerca do que requer uma regra em um caso dado, mas ao mesmo tempo *coloca um limite* à quantidade de erro coletivo que se pode admitir com sentido: porque sustentar que é possível que (quase) todos estejam equivocados acerca de (quase) todos os casos equivaleria a negar a existência mesma desse plano de fundo [*background*] de critérios compartilhados à luz do qual, precisamente, podemos dizer que em um determinado caso que o conjunto da comunidade de equivoca”. (BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.25).

⁴⁶⁶ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.25.

que é considerado relevante entre eles; (ii) formulação de hipóteses acerca dos critérios de aplicação que parecem colocar em evidência a consideração desses fatores como relevantes; (ii) voltar a considerar agora outros casos – sejam eles reais ou hipotéticos – que nos pareçam igualmente claros a fim de pôr à prova a admissibilidade de tais hipóteses acerca dos contornos de nossos critérios.⁴⁶⁷

O jusfilósofo espanhol afirma que, por certo, “esse tipo de deliberação pode levar-nos à conclusão de que, o que a primeira vista nos parecia um caso claro, na realidade deve ser descartado como um erro” e que esse movimento reflexivo, “não é senão uma deliberação em busca de coerência entre o que estamos *pública* ou *coletivamente* dispostos a considerar (inclusive por detrás desse filtro) casos inquestionavelmente” bem como “as melhores hipóteses que podemos elaborar para articular e explicitar os critérios compartilhados à luz dos quais, precisamente, os consideramos claros”.⁴⁶⁸

Em suma, a assunção da tese do convencionalismo profundo implica em aceitar que, sendo o direito um fenômeno de natureza convencional complexa, “a determinação do seu conteúdo toma a forma complexa de uma deliberação coerentista, não a de uma simples constatação de fatos sociais não controvertidos”.⁴⁶⁹ O que Bayón procura ressaltar é que não é necessário que uma teoria do direito juspositivista deva estar comprometida com a *tese da objetividade mínima*, valendo a pena levar em consideração a *tese do convencionalismo profundo* como forma alternativa de uma ontologia dos fatos sociais para o positivismo jurídico.

Portanto, ao final deste tópico e após termos desenvolvido uma investigação de cunho analítico e desconstrutivista do juspositivismo, podemos afirmar que o

⁴⁶⁷ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.26

⁴⁶⁸ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.26

⁴⁶⁹ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.26, 27. Para o autor: “Creio que esta é a grande verdade contida na afirmação, de que de maneiras tão diversas - e nem sempre aceitáveis - se tem entendido, segundo a qual para se identificar o direito devemos adotar ‘a perspectiva do participante’. Se se assume a tese da objetividade mínima, esta afirmação carece de sentido (ou pior ainda: conduz diretamente à injustificável negação do que chamei anteriormente de ‘tese epistêmica da neutralidade’. Somente se faz inteligível - e entendendo que aceitável - se se assume ao contrário o ponto de vista do convencionalismo profundo, em cujo caso, se bem a identificação do conteúdo da prática requer uma deliberação coerentista como a descrita, o desenvolvimento desta não tem porque requerer por sua vez aplicação efetiva da prática (i.e. a deliberação pode levar-se a cabo situações *hipoteticamente* no ponto de vista daqueles que a aceitam). Em qualquer caso, me parece indubitável que uma concepção de direito construída sob os pressupostos do convencionalismo profundo nos brinda uma imagem do que caberia considerar um ‘caso fácil’ - e também, por certo, das possibilidades e limites da argumentação jurídica nos casos que *prima facie* consideramos difíceis - consideravelmente mais complexa que a que soe oferecer-nos a versão dominante ou mais usual do positivismo jurídico”. (BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.27).

positivismo jurídico epistemológico é uma corrente jusfilosófica composta de várias teorias e vertentes distintas e heterogêneas (v.g. teoria pura do direito; realismos jurídicos; *analytical jurisprudence*, etc), fundamentada no *convencionalismo* (sendo aceitável como ontologia das entidades convencionais tanto a *tese da objetividade mínima* quanto a *tese do convencionalismo profundo*) e que tem o seu núcleo de sentido, ou seu conteúdo mínimo definitório, reduzido a três teses básicas que, apesar de autônomas entre si, são todas logicamente necessárias: (i) a *tese da separação conceitual entre o direito e a moral* (apenas na forma da *tese da não-conexão identificatória entre direito e moral*); (ii) a *tese dos fatos sociais* (podendo ser adotada em sua versão *forte* ou *fraca*); (iii) e a tese epistêmica geral de que o direito pode ser descrito metodologicamente de forma neutra (*wertfreiheit*, sendo aceitáveis tanto a *tese da descrição fática* quanto a *tese epistêmica da neutralidade*). As duas primeiras são teses de cunho *ontológico*, versando sobre o objeto cognoscível (o que é o direito); a última é uma tese de caráter *epistemológico*, que versa sobre como se deve se aproximar metodologicamente do objeto cognoscível (o que é a ciência do direito).

Uma teoria do direito precisa, necessariamente, adotar tais pressupostos (em alguma de suas formas) para poder ser enquadrada autenticamente como um elemento integrante da corrente jusfilosófica aqui denominada de *positivismo jurídico epistemológico*. Apesar da *tese da discricionariedade* ser aceita por muitos autores e propostas juspositivistas, (sendo adotada quase pela totalidade das propostas pós-hartianas), ela é contingencial e não faz parte do núcleo definitório (ou do conteúdo mínimo) do juspositivismo epistemológico. Ou seja, pode ser o caso de uma teoria do direito ser autenticamente juspositivista (epistemológica) e não sustentar a tese da discricionariedade. As seguintes teses também são contingenciais, mas compatíveis com a proposta do juspositivismo epistemológico – ainda que muitas vezes sejam apresentadas como teses anti-positivistas: (i) *tese do valor moral contingente do direito*; (ii) *tese da conexão justificatória entre o direito e a moral*; (iii) a *tese da pretensão de correção* (ao menos nos moldes em que é explicada por Bayón).

Diante da questão inicialmente proposta e reformulada posteriormente no decorrer do texto, este capítulo poderia se encerrar aqui sem maiores problemas. Já explicamos tanto *o que é o positivismo jurídico* quanto *as teses que podem ser consideradas como mínimo de conteúdo do juspositivismo epistemológico*. Todavia, ainda é possível clarificar um pouco mais o sentido do positivismo jurídico na

contemporaneidade por meio de uma breve exposição de seu recente desenvolvimento, crise e (re)afirmação teórica.

3.4 DESENVOLVIMENTO, CRISE E RESILIÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO EPISTEMOLÓGICO (NEO)ANALÍTICO

Tendo aclarado o sentido do que se deve entender pelo termo *positivismo jurídico* e tendo deixado claro quais as teses que necessariamente compõem o núcleo definatório do *juspositivismo epistemológico*, faremos agora algumas breves considerações sobre o desenvolvimento teórico do positivismo jurídico no último século, visando fornecer uma compreensão mínima de seu estado teórico na contemporaneidade. Faremos isso retomando as considerações de Pierluigi Chiassoni em sua obra *El Discreto Placer del Positivismo Jurídico* (2016) como marco teórico deste tópico.

Segundo o jusfilósofo genovês, com o fim da II Guerra Mundial pudemos observar no plano jusfilosófico o “regresso” do jusnaturalismo e o desenvolvimento do juspositivismo epistemológico. Essa ressurreição do jusnaturalismo terminou contribuindo para a produção de dois efeitos no âmbito da teoria do direito: (i) a denúncia de seu “vergonhoso ‘duplo’”, o juspositivismo ideológico estadólatra e lególatra do pré-guerra; (ii) e o “desenvolvimento de enfoques (neo)analíticos no marco da tradição do positivismo epistemológico”.⁴⁷⁰ O desenvolvimento e a consolidação desses enfoques (neo)analíticos – que se tornaram hegemônicos na cultura jurídica ocidental, segundo Chiassoni – se devem também (e principalmente) a outros fatores, dentre os quais especial importância deve ser atribuída às contribuições advindas da *filosofia analítica*, perspectiva então dominante na cultura anglo-americana em suas duas vertentes: o *neoempirismo lógico*, de origem austro-alemã; e a *filosofia da linguagem ordinária*, surgida tanto da obra do segundo Wittgenstein e de seus seguidores em Cambridge, quanto por obra de pensadores da Faculdade de Filosofia de Oxford (J.L.Austin, G. Ryle, J.G. Warnock, M.Warnock, P.F.Strawson, R.M. Hare).⁴⁷¹ Como aponta o jusfilósofo genovês, a *filosofia analítica*

⁴⁷⁰CHIASSONI, Pierluigi. *El Discreto Placer...*Op.Cit. p.107,108.

⁴⁷¹GLOCK, Hans-johann. [2008] **O que é a Filosofia Analítica**. trad. Roberto Hofmeister. Porto Alegre: Penso, 2011; STOLL, Avrum. **La Filosofía Analítica del Siglo XX**. trad. J.F. Álvarez, E. de Bustos. Madrid: Ediciones Siglo XXI, 2002; D’AGOSTINI, Franca. **Analíticos e Continentais**: guia às filosofias dos últimos trinta anos. Trad. Brenno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003.

“proporcionou a base filosófica (epistemológica, metodológica, conceitual) de uma pluralidade de enfoques [do juspositivismo epistemológico] já mencionados”.⁴⁷²

Para Chiassoni, uma descrição sucinta do desenvolvimento do juspositivismo epistemológico (neo)analítico na contemporaneidade deve dar conta, ao menos, de três traços básicos: (a) do método de investigação filosófica; (b) da teoria do direito positivo; (c) dos ideais que devem informar as investigações sobre o direito.

(a) *Método*: quanto ao método, o juspositivismo (neo)analítico “se caracteriza pela adoção de um conjunto de instrumentos que já se encontram em boa parte nas obras de Bentham e Austin”.⁴⁷³ Chiassoni assinala oito contribuições metodológicas importantes: (i) a distinção *entre enunciados empíricos e enunciados analíticos*;⁴⁷⁴ (ii) a distinção *entre enunciados com função descritiva e enunciados com função prescritiva*;⁴⁷⁵ a adoção da chamada *Lei de Hume*⁴⁷⁶ e distinção *entre valores epistêmicos e valores ético-normativos*;⁴⁷⁷ (iii) uma teoria das definições focalizada na distinção *entre definições lexicais e definições estipulativas*;⁴⁷⁸ (iv) a distinção *entre níveis de linguagem ou de discurso* que diferencia *linguagem-objeto* de *metalinguagem*; (v) a distinção *entre expressões dotadas de significado emotivo* (democracia, justiça, etc.) e *expressões emotivamente neutras* (baú, soldador, agente de política, etc.); (vi) a distinção *entre contexto de descoberta e contexto de*

⁴⁷²CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.108.

⁴⁷³CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.109,110. Cf. CHIASSONI, Pierluigi. **L’Indirizzo Analitico Nella Filosofia del Diritto**. Vol.1. Da Bentham a Kelsen. Torino: Giappichelli. 2009. pp.2-176.

⁴⁷⁴Enunciados empíricos são “verdadeiros ou falsos com relação aos fatos sobre os quais tratam”; enunciados analíticos são “verdadeiros ou falsos com relação, ou bem ao significado das palavras utilizadas, ou bem a sua estrutura sintática”. (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 110).

⁴⁷⁵*enunciados com função descritiva* são os “que veiculam informações e são, enquanto tais, suscetíveis de serem avaliados em termos de verdade ou falsidade segundo sua correspondência, ou não, com a realidade”; *enunciados com função prescritiva* são os “que veiculam mensagens aptas para influir na conduta, como normas, recomendações e conselhos, e que, por tal razão, não são aptos para serem avaliados em termos de verdade ou falsidade”. (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 110).

⁴⁷⁶A Lei de Hume significa a impossibilidade lógica de derivar conclusões prescritivas de premissas descritivas e vice-versa.

⁴⁷⁷Segundo o autor, *valores epistêmicos* seriam: verdade, clareza, neutralidade valorativa; por sua vez, *valores ético-normativos* seriam: justiça, igualdade, liberdade, etc.(CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.110).

⁴⁷⁸*Definições lexicais* são “verdadeiras ou falsas em relação aos usos linguísticos empiricamente observáveis”; *definições estipulativas* são aquelas por meio “das quais se decide um significado de um termo ou locução, com fins explicativos, teóricos ou práticos” (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.110, 111).

justificação;⁴⁷⁹ (vii) distinção entre *explicação* e *justificação*;⁴⁸⁰ (viii) *princípios de investigação filosófica*, dentre os quais, destaca: *princípio da desconfiança metódica*; *princípio da conversão* e *princípio da exaustividade conceitual*.⁴⁸¹

(b) *Teoria*: quanto à teoria do direito (*general jurisprudence*), o juspositivismo (neo)analítico “se caracteriza pela adoção de uma concepção linguística do direito”, sendo possível destacar quatro propriedades:⁴⁸² (i) o direito é essencialmente linguagem;⁴⁸³ (ii) as normas jurídicas são entidades linguísticas;⁴⁸⁴ (iii) a ciência do direito é uma metalinguagem que se ocupa da linguagem-objeto de diversos modos; (iv) a filosofia do direito positivo é a metalinguagem que se ocupa “seja da linguagem-objeto do direito, seja da metalinguagem da ciência do direito, desenvolvendo neste último caso investigações de (que Bobbio chama) ‘meta-jurisprudência’”.⁴⁸⁵

(c) *Ideais*: por fim, o juspositivismo (neo)analítico se inspira em dois ideais básicos. De um lado, o juspositivismo (neo)analítico se inspira no “ideal de uma teoria do direito explicativa, no geral, do fenômeno do direito positivo; no particular, de traços formais, estruturais e técnicos”.⁴⁸⁶ Do outro lado, o ideal de uma *meta-jurisprudência* que: (i) em sede de *epistemologia jurídica*, “estabeleça condições para o conhecimento científico do direito positivo, traçando os limites entre conhecimento genuíno, por um lado, e de política e ideologia do direito, por outro”;⁴⁸⁷ (ii) em sede de *metodologia jurídica*, “proporcione descrições e análises cuidadosas das operações

⁴⁷⁹Nas palavras do autor, *contexto de descobrimento*: “corresponde ao espaço da invenção, frequentemente produto de intuições e, portanto, irracional”; por sua vez, o *contexto de justificação*: “corresponde, ao contrário, no espaço da racionalidade para de propor razões, se existem, para o que se descobriu”. (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.110, 111). Cf. REICHENBACH, Hans. **The Rise of Scientific Philosophy**. Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1951. p.231.

⁴⁸⁰A *explicação* “indica as causas dos eventos e os motivos dos comportamentos”, enquanto a *justificação* indica “razões para considerar algo, segundo os contextos, como verdadeiro, falso, correto, errôneo, justo, injusto, lícito, ilícito, legítimo, ilegítimo”. (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.110, 111)

⁴⁸¹De modo específico: *princípio da confiança metódica*: sugere que se deve duvidar sempre, questionando o que se assume ter por conhecido, o seja conhecimento, seja o conhecimento do significado dos termos que utilizamos frequentemente em uma disciplina ou profissão; *Princípio da conversão*: sugere que se converta questões ontológica em questões conceituais, ao menos em uma primeira etapa da investigação; *Princípio da exaustividade conceitual*: “requer construir, para cada fenômeno, um conjunto de termos e de conceitos claros, distintos, aptos para abarcar todo aspecto relevante do fenômeno investigado”. (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.112).

⁴⁸²CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.112.

⁴⁸³De modo mais preciso, o direito é a linguagem normativa do legislador (em sentido amplo).

⁴⁸⁴Ou seja, são “enunciados com função prescritiva ou com outras funções não descritivas: de permissão, autorização, interpretação autêntica, derrogação.” (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.112,113).

⁴⁸⁵CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.112,113.

⁴⁸⁶CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.113.

⁴⁸⁷CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.114.

cumprida tipicamente pelos juristas (os *cientistas do direito*) e os juízes (os *aplicadores do direito*)”,⁴⁸⁸ lançando luz sobre as ferramentas que eles costumam empregar em seu trabalho; (iii) atuando na qualidade de *laboratório conceitual*, “proporcione aos operadores jurídicos – legisladores, juízes, funcionários, juristas, advogados, – uma terminologia e um aparato de conceitos (que inclui tipicamente o conceito de direito) claros e distintos”, que possa ajuda-los “a cumprir suas tarefas diárias de uma maneira *melhor*, quer dizer, *mais racional*, conforme a utopia do domínio da razão no direito”.⁴⁸⁹ Trata-se de uma razão rigorosamente analítica, atenta ao detalhe, implacável nas tarefas de desarticulação de ideias ‘recebidas’ e desair à caça das ideologias nelas disfarçadas, prudente, enfim, na construção e articulação de termos, teses e conceitos novos.⁴⁹⁰

Chiassoni afirma que aproximadamente a partir dos anos sessenta, os “positivistas analíticos” se encontravam em um período de *crise*, um momento de reflexão em que surgem dúvidas “acerca da utilidade do programa epistemológico ‘positivista’, e inclusive acerca da possibilidade mesma de realizá-lo”.⁴⁹¹ Para o autor, a crise do juspositivismo epistemológico (neo)analítico se verifica pela conspiração de fatores externos e internos.

Entre os fatores *externos* da crise figuram diversos fenômenos culturais e institucionais, tais como: (a) o *princípio moral* de Ronald Dworkin, que lança uma série de críticas veementes ao positivismo jurídico hartiano;⁴⁹² (b) a formação do “Estado intervencionista” e de bem-estar social (*Welfare State*); (c) o desenvolvimento da sociologia do direito, demandando que fossem feitas não mais apenas análises estruturais do fenômeno jurídico, mas também análises funcionais⁴⁹³; (d) o desenvolvimento do Estado Constitucional de direito e a consequente constitucionalização das culturas e ordenamentos jurídicos; (e) “o retorno da ética normativa e da filosofia política normativa no cenário da filosofia prática, em menoscabo da metaética analítica e descritiva” – em especial, com as obras *A Theory*

⁴⁸⁸CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.114.

⁴⁸⁹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.114.

⁴⁹⁰CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.114.

⁴⁹¹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 115. Cf. JORI, Mario. “Il giuspositivismo analitico italiano primo e dopo la crisi” In: **Quaderni di Filosofia Analitica**. n. 7. Milano: Giuffrè, 1987. pp. 132,133.

⁴⁹²DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977; DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986; DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

⁴⁹³Cf. BOBBIO, Norberto. [1977] **Da Estrutura à Função**: novos estudos de teoria do Direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

of Justice (1971) de John Rawls e *Anarchy, State and Utopia* (1974) de Robert Nozick.⁴⁹⁴

Quanto aos aspectos *internos*, a crise do juspositivismo epistemológico (neo)analítico surge de uma dupla percepção de inadequação.

A primeira percepção de inadequação surge da suspeita de que a ideia fundamental de todo o empreendimento epistemológico juspositivista seja “clamorosamente errônea”, qual seja: a possibilidade de distinguir o direito *como é* do direito *como deve ser*, o direito *real* do direito *ideal*, o *ius conditum* do *ius condendum*. Em outros termos, a possibilidade de “proporcionar *descrições* genuínas do direito, em consonância com o postulado epistemológico da neutralidade”.⁴⁹⁵ Todavia, Chiassoni afirma que tal percepção é “totalmente injustificada”, uma vez que está fundamentada em dois equívocos: (i) por um lado, confunde o plano do *conhecimento doutrinal do direito* (“que é o conhecimento do conteúdo de um direito em relação a questões particulares do direito: *quid iuris* da despedida *ad nutum* no direito italiano vigente”) com o plano do *conhecimento teórico* (“que é o conhecimento do direito em geral, desde a perspectiva estrutural e conceitual”); (ii) por outro lado, “exclui, de uma forma demasiadamente superficial, qualquer possibilidade de descrever o conteúdo de um direito positivo particular” (tal como o direito penal brasileiro vigente no ano de 2017) “sem, ao mesmo tempo, valorá-lo ou integrá-lo”.⁴⁹⁶

A segunda percepção de inadequação surge em relação à agenda investigativa da filosofia analítica do direito positivo, diante dos problemas e das responsabilidades que um filósofo ou jurista deve enfrentar ou assumir no mundo contemporâneo. Chiassoni afirma que o lapso temporal que vai desde os finais dos anos sessenta até os dias de hoje foi marcado uma série de problemas e responsabilidades, muitas vezes tidos como urgentes.

⁴⁹⁴Segundo Chiassoni, estas duas obras, “ainda que indiretamente, colocam em dúvida os objetivos do conhecimento científico do direito e da análise conceitual puramente explicativa, se, e enquanto sejam objetivos exclusivos das investigações de filosofia jurídica”. (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...** Op.Cit. p. 116). Também criticam o “descritivismo” do positivismo jurídico ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”. In. ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan **Para una Teoría Postpositivista del Derecho**. Lima: Palestra, 2009. p. 7 e ss.

⁴⁹⁵CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...** Op.Cit. p.117.

⁴⁹⁶Chiassoni explica que isto se dá “porque os que assim pensam adotam uma ideia mal entendida de descrição do direito como descrição *hermenêutica* das obrigações, direitos, pretensões, etc., que as normas adscvem a classes de agentes, e não consideram que, de fato, descrever o conteúdo de um direito positivo não é outra coisa que descrever, desde um ponto de vista externo, atos de produção, interpretação e aplicação de ‘normas’ por operadores jurídicos autorizados ou, melhor, os produtos destes atos (textos normativos e práticas consuetudinárias, interpretações judiciais construídas a partir dela, etc.)”. (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...** Op.Cit. p.p. 119)

O teórico genovês elenca pelo menos seis deles: (a) a elaboração de uma *teoria funcional do direito* complementar à tradicional análise estrutural, visando adequar a teoria analítica do direito “às transformações da sociedade contemporânea e ao crescimento do Estado social ou administrativo ou de bem-estar ou de justiça ou do capitalismo monopolístico”;⁴⁹⁷ (b) a necessidade de elaboração de uma teoria jurídica “adequada para a estrutura e para as exigências do Estado constitucional de direito, como forma de Estado muito diferente, estruturalmente, do Estado legislativo de direito do século XIX”.⁴⁹⁸ (c) a defesa dos direitos humanos individuais e sociais - a nível local e internacional -, “ameaçados pela Nova Direita, fundamentalista no campo religioso, inimiga do *Welfare State*, plutocrática e belicista” – que desde o fatídico 11 de setembro de 2001 tem sido objeto “de uma deslegitimação sem precedentes no interior mesmo das democracias ocidentais, em nome da segurança coletiva, da 'guerra global contra o terrorismo', do 'choque de civilizações’”.⁴⁹⁹ (d) a defesa da democracia constitucional e de suas instituições de garantia, contra os programas subversivos de partidos populistas dirigidos por demagogos e corruptos; (e) a defesa da ideia de governo das leis e das prerrogativas do legislador democrático contra os abusos do ‘novo constitucionalismo judicial’; (f) a defesa dos direitos humanos sociais – a nível local e internacional –, “ameaçados por crises que podem ser atribuídas (no plano institucional e ideológico) a uma concepção equivocada de ‘mercado livre global’, e ao seu apoio pernicioso”.⁵⁰⁰

O jusfilósofo genovês aponta que o efeito combinado desses fatores consistiu na reconsideração das filosofias do positivismo epistemológico (neo)analítico e que tal “reconsideração seguiu por duas diretrizes principais, ambas desenvolvidas com a finalidade de opor firme resiliência à decadência” teórica.⁵⁰¹ A primeira diretriz diz respeito à primeira percepção de inadequação, ou seja, “se ocupa das teses conceituais, teóricas e epistemológicas do positivismo analítico, com o propósito de refiná-las e reforçá-las, mantendo, tanto quanto seja possível, a adesão ao programa original”.⁵⁰² No âmbito da cultura jurídica do *common law*, isto significou a defesa do

⁴⁹⁷CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.119,120. Sobre o tema consultar: LUBAN, David. **Torture, Power and Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. capítulos 1 e 2.

⁴⁹⁸ CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.120.

⁴⁹⁹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.120.

⁵⁰⁰CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.120,121.

⁵⁰¹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.121.

⁵⁰²CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.121.

modelo juspositivista hartiano após as críticas feitas por Ronald Dworkin.⁵⁰³ Esta defesa assumiu duas formas teóricas significativamente distintas: (i) o positivismo jurídico inclusivo (*inclusive legal positivism, soft positivism*), que adota a defesa da versão *fraca* da *tese das fontes sociais*;⁵⁰⁴ (ii) o positivismo jurídico exclusivo (*exclusive legal positivism, hard positivism*), que sustenta a validade da *versão forte das fontes sociais*.⁵⁰⁵ Entretanto, para Chiassoni, as duas vertentes “parecem acomodadas pela adoção de uma concepção essencialista da tarefa da teoria positivista do direito”.⁵⁰⁶ No âmbito da cultura jurídica italiana, por sua vez, “o resultado das reflexões em defesa dos princípios do positivismo epistemológico está representado, ao contrário, pelo realismo jurídico analítico: uma forma radical de jurisprudência (neo)analítica”.⁵⁰⁷ No cenário brasileiro – onde praticamente inexistem juspositivistas epistemológicos – podemos apontar a teoria intitulada de *positivismo jurídico lógico-inclusivo* (inclusivismo lógico) de Juliano Maranhão como representante autêntico dessa diretriz teórica.⁵⁰⁸

A segunda diretriz diz respeito à segunda percepção de inadequação e consiste “em inserir o programa epistemológico original no interior de um programa abertamente ideológico”, sem confundir “conhecimento do direito e política do direito e, portanto, em consonância com o postulado da neutralidade ético-normativa”.⁵⁰⁹ Os

⁵⁰³Cf. SCHIAVELLO, Aldo. **II Positivismo Guridico Dopo Herbert L.A. Hart**. Un'introduzione critica. Torino: Giappichelli, 2004.

⁵⁰⁴ ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El Debate Sobre el Positivismo Jurídico incluyente**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006; WALUCHOW, Wilfrid. **Inclusive Legal Positivism**. New York: Oxford University Press, 2003; HIMMA, Kenneth E. **Derecho y Moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. HIMMA, Kenneth E. “Inclusive Legal Positivism”, *In*: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (eds.), **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford, Oxford University Press, 2005. pp. 125-165; COLEMAN, Jules (ed.). **Hart's Postscript**. Essays on the Postscript to The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001; MORESO, Josep Juan. “In defense of inclusive legal positivism” *In*: CHIASSONI, Pierluigi (ed.). **The Legal Ought**. Torino: Giappichelli, 2001. pp. 37-63.

⁵⁰⁵ RAZ, Joseph. [1979] **The Authority of Law**. Essays on Law and Morality. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 2009; JIMÉNEZ CANO, Roberto M. **Una Metateoría del Positivismo Jurídico**. Madrid, Marcial Pons, 2008; JIMÉNEZ CANO, Roberto M. “Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)”. *In*: **ISONOMÍA** No. 39, octubre, 2013. pp. 83-126.

⁵⁰⁶CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...**Op.Cit. p.121.

⁵⁰⁷CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...**Op.Cit. p.121. Cf. FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni Battista. (eds.). **El Realismo Jurídico Genovés**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

⁵⁰⁸MARANHÃO, Juliano S.A. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012; MARANHÃO, Juliano S.A. “O Discurso da Dogmática Jurídica” *In*: MARANHÃO, Juliano S.A. **Estudos sobre Lógica e Direito**. São Paulo: Marcial Pons. 2013. pp.103-192..

⁵⁰⁹CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...**Op.Cit. p.122. Como esclarece Leslie Green: “Nenhum filósofo do direito pode ser apenas um positivista jurídico. Uma teoria do direito completa requer também uma abordagem de quais tipos de coisas podem possivelmente contar como méritos do direito (o direito precisa ser eficiente ou elegante assim como justa?); de qual papel o direito deveria desempenhar na adjudicação [...] o reivindicações o direito faz quanto à nossa obediência [...]; e também acerca das questões essenciais acerca de que leis devemos ter e se nós deveríamos viver sob direito afinal. O

juristas adeptos desta perspectiva compreendem que a descrição neutra do direito positivo é uma tarefa epistemológica de suma importância, mas entendem que não devem se limitar somente “a perseguir e manter o ideal de conhecimento científico do direito (e a separação entre ciência do direito e política do direito)” e que “*deveriam* assumir e exercer também e, principalmente, um papel *político, normativo, ético*”, que consistiria “no serviço fiel, na colaboração ativa, na obra de garantia a favor da única forma de governo moralmente aceitável que aqui e agora se possa imaginar: a democracia constitucional”.⁵¹⁰

No âmbito da cultura jurídica italiana, tal diretriz pode ser percebida no pensamento jusfilosófico de Uberto Scapelli, que defendia a compatibilidade de tal engajamento político com o programa cognitivo do juspositivismo epistemológico já em meados da década de sessenta do século passado.⁵¹¹ Atualmente, essa diretriz pode ser vista no “constitucionalismo garantista” de Luigi Ferrajoli, “desenvolvido desde o final dos anos oitenta tomando como ponto de partida o garantismo em matéria penal”.⁵¹² No âmbito da cultura jurídica do *common law*, por sua vez, esta diretriz é representada pelo “positivismo ético”, também denominado de “positivismo normativo” ou “positivismo prescritivo” (*ethical positivism; normative positivism; prescriptive positivism*) cujos principais representantes são Tom Campbell⁵¹³ e Jeremy Waldron⁵¹⁴ que, a partir da ideia de Estado Constitucional, “defendem as prerrogativas

positivismo jurídico não aspira a responder essas questões, é por meio de sua reivindicação de que a existência e o conteúdo do direito dependem apenas de fatos sociais é o que lhe dá forma”. GREEN, Leslie. verbete “Legal Positivism” *In: Stanford Encyclopedia of Philosophy*. January 3, 2003. p.1. Disponível em: <http://migre.me/w5aVI>. Acesso em 15.02.2017.

⁵¹⁰CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...** Op.Cit. p.122,123.

⁵¹¹SCARPELLI, Uberto. **Cos'è il Positivismo Giuridico**. Milano: Comunità, 1965. p. 39 e seguintes; SCARPELLI, Uberto. “Il positivismo giuridico rivisitato”. *In: SCHIAVELLO, Aldo; VELLUZZI, Vito. II Positivismo Giuridico Contemporaneo: una antologia*. Torino: Giappichelli, 2005. pp. 104 e seguintes. Nas palavras de Chiassoni: “Segundo Scarpelli, [...] se o jurista 'positivista' se abster de participar no debate juspolítico, omitindo formular propostas normativa *de iure condito* e *de iure condendo*, por causa de uma ideia de 'cientificidade' mal compreendida de sua tarefa, deixaria o campo livre para as forças tradicionalmente hostis ao Estado constitucional democrático, laico e liberal (portadoras de ideologias populistas, neoconfessionais, fundamentalistas, autoritárias), tornando-se cúmplice de sua destruição. (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...** Op.Cit. p.123,124.

⁵¹²CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...** Op.Cit. p.124. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. 2 vol. Roma, Bari: Laterza, 2007; FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. *In: Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N. 34, 2011.pp. 15-53; FERRAJOLI. **Tra Democrazia e Diritti**. Il garantismo come teoria e come politica. Roma, Bari: Laterza, 2014. pp.50 e ss; 181 e ss.

⁵¹³CAMPBELL, Tom. **The Legal Theory of Ethical Positivism**. Dartmouth: Aldershot,1996; CAMPBELL, Tom. **Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy**. London: UCL press, 2004; CAMPBELL, Tom. [1999] **Legal Positivism**. New York: Routledge, 2016. (ver Part. III - Prescriptive Positivism).

⁵¹⁴WALDRON, Jeremy. “Normative (or Ethical) Positivism”. *In: COLEMAN, Jules (ed.). Hart's Postscript*. Essays on the Postscript to The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001.

da maioria política e da dignidade da legislação, advogando, em consequência, pela limitação máxima do *judicial review* e da criação de normas pelos juízes”.⁵¹⁵ Na literatura jurídica brasileira esta perspectiva foi recentemente defendida por Bruno Torrano.⁵¹⁶

Tendo exposto de modo sintético o sentido e o desenvolvimento teórico do positivismo jurídico epistemológico no último século, podemos finalmente averiguar a pergunta central do presente estudo: “*O positivismo jurídico encontra-se superado como teoria do direito no âmbito das democracias constitucionais contemporâneas?*” Isto será feito no próximo capítulo.

pp.410-433; WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999; WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. New York: Cambridge University Press, 1999.

⁵¹⁵ CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...** Op.Cit. p.124.

⁵¹⁶ TORRANO, Bruno. **Democracia de Respeito à Lei**: entre positivismo e pós-positivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

4 DEIXEMOS PARA TRÁS O POSITIVISMO JURÍDICO? UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS PELO DISCURSO NEOCONSTITUCIONALISTA

A vida, meu caro senhor, é uma sequência de mal-entendidos.

Denis Diderot.

O mundo funciona somente graças ao mal-entendido.

Charles Baudelaire.

Há aproximadamente dez anos, em um artigo que se tornou bem conhecido no meio acadêmico internacional, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero instavam a classe jurídica a abandonar o positivismo jurídico como teoria do direito⁵¹⁷ – em qualquer uma de suas variantes – diante de “sua incapacidade de servir como ferramenta para dar conta e operar dentro da nova realidade do Estado constitucional” em razão de seu “descritivismo”, o que demonstraria que ‘o positivismo jurídico já teria esgotado seu ciclo histórico, não sendo capaz de reconhecer o direito como uma prática social complexa’.⁵¹⁸ O discurso neoconstitucionalista, ao menos como é formulado no âmbito brasileiro, afirma exatamente o mesmo.

Diante disso, devemos retomar as questões inicialmente propostas neste trabalho: a suspeição e a rejeição do positivismo jurídico como teoria ultrapassada podem ser tomadas como justificadas? O retrato do juspositivismo feito pelo neoconstitucionalismo (em particular, as imagens apresentadas por Paulo Bonavides e Luís Roberto Barroso) pode ser aceito como verdadeiro ou correto? Poderíamos decretar a morte do positivismo jurídico? Estes questionamentos são fundamentais para a resposta da pergunta principal deste estudo, qual seja: “*o positivismo jurídico encontra-se superado como teoria do direito no âmbito das democracias constitucionais contemporâneas?*”. Tendo compreendido melhor o sentido do positivismo jurídico na contemporaneidade, é preciso agora refinar a indagação proposta como central neste estudo, reformulando-a do seguinte modo: “*o positivismo*

⁵¹⁷ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”. In: **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. núm. 27. Octubre. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2007. pp. 7-28.

⁵¹⁸ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. “Dejemos...”. Op.Cit. p.25,26.

jurídico epistemológico encontra-se superado como teoria do direito no âmbito das democracias constitucionais contemporâneas?”

No presente capítulo, tentaremos analisar de modo honesto e desapassionado as principais críticas feitas pelos neoconstitucionalistas ao positivismo jurídico, intentando verificar se é razoável concluir pela veracidade da seguinte proposição: “*sim, o positivismo jurídico epistemológico encontra-se superado como teoria do direito no âmbito das democracias constitucionais contemporâneas*”. Nossa hipótese é a de que tal proposição é falsa, ou seja, de que não há boas razões para se acolher as críticas dos neoconstitucionalistas ao positivismo jurídico enquanto teoria do direito e que tais críticas não conduzem necessariamente à sua rejeição como teoria descritiva do funcionamento do fenômeno jurídico tal como ele se apresenta atualmente nas democracias constitucionais.

O presente capítulo possui ao todo doze tópicos. Inicialmente faremos algumas considerações gerais com a finalidade de aprofundar melhor o sentido do discurso neoconstitucionalista tal como ele é feito pelos juristas no Brasil (tópicos 4.1 a 4.5) para, posteriormente, analisarmos o mérito das críticas que embasam a tese neoconstitucionalista de superação teórica do positivismo jurídico (tópicos 4.6 a 4.12).

De tal modo, na *primeira parte*: (i) demonstraremos que o neoconstitucionalismo pode ser compreendido como uma forma de jusmoralismo; (ii) analisaremos os sentidos da noção de “pós-positivismo”; (iii) verificaremos em que sentido o termo “paradigma” é utilizado para se afirmar a superação do juspositivismo; (iv) distinguiremos o discurso neoconstitucionalista feito no Brasil daquele feito pelas teorias que foram classificadas como neoconstitucionalistas pelos teóricos italianos; (v) analisaremos em que medida podemos tomar as transformações que Barroso denomina de “marco teórico” do neoconstitucionalismo podem ser tomadas como corretas.

Por sua vez, na *segunda parte*, analisaremos: (vi) se o positivismo jurídico afirma a existência de um direito neutro; (vii) se ele está necessariamente ligado a uma concepção monista de cunho estatal no plano das fontes jurídicas; (viii) se o juspositivismo prega uma interpretação mecânica ou lógico-dedutiva do direito; (ix) se o juspositivismo afirma a existência de um dever moral de obediência ao direito, tendo contribuído para a legitimação de regimes totalitários; (x) se assumir o juspositivismo epistemológico como teoria do direito implica na aceitação do ceticismo moral; (xi) se o positivismo jurídico realmente pode ser compreendido apenas como um sistema de

regras que nega a normatividade dos princípios; por fim, (xii) se o juspositivismo epistemológico encontra-se realmente superado como teoria diante da complexidade do fenômeno jurídico no Estado Constitucional.

4.1 O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO JUSMORALISMO E A TESE DA SEPARABILIDADE

Nos capítulos anteriores intentou-se uma aproximação analítica dos sentidos possíveis dos termos “neoconstitucionalismo” e “positivismo jurídico”. Delimitamos o sentido do neoconstitucionalismo como sendo um conjunto de teorias ou doutrinas anti-juspositivistas (afirmam a superação do positivismo jurídico), mas não jus-naturalistas (não sustentam a existência de um direito atemporal universalmente válido). Segundo Barberis, essas teorias possuiriam três características básicas: tese da conexão entre direito e moral (relação ontológica entre direito e moral); distinção estrutural e dicotômica entre regras e princípios (teoria da norma jurídica); distinção excludente entre dedução e ponderação (raciocínio jurídico).⁵¹⁹ Por sua vez, *positivismo jurídico epistemológico* foi definido como sendo uma corrente jusfilosófica (conjunto de teorias) fundamentada no *convencionalismo* e que sustenta três teses básicas, duas de caráter ontológico e uma de cunho epistemológico: (i) a *tese da separação conceitual entre o direito e a moral* (apenas na forma da *tese da não-conexão identificatória entre direito e moral*); (ii) a *tese dos fatos sociais* (podendo ser adotada em sua versão *forte* ou *fraca*); (iii) e a tese epistêmica geral de que o direito pode ser descrito metodologicamente de forma neutra (*wertfreiheit*, sendo aceitáveis tanto a *tese da descrição fática* quanto a *tese epistêmica da neutralidade*).

Tendo aclarado o sentido do *juspositivismo epistemológico*, podemos refinar novamente o sentido do *neoconstitucionalismo*. Nem todas as características apontadas por Barberis parecem ser necessárias ao núcleo definatório do sentido de *neoconstitucionalismo* e, portanto, sua empreitada deve ser compreendida como um projeto prático de explicação em que características não essenciais, mas importantes em alguma valoração sobre a prática do direito, podem ter utilidade. Nem a distinção

⁵¹⁹BARBERIS, Mauro. Stato Costituzionale. Op.Cit. posições 12-16. Os mesmos aspectos são destacados por Ferrajoli em: FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista”. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz, TRINDADE, André Karam. **Garantismo, Hermenêutica e Neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livrara do Advogado, 2012. pp. 13-56.

estrutural e dicotômica entre regras e princípios nem a distinção excludente entre dedução e ponderação podem ser tomados como conteúdos necessários para que uma teoria seja considerada *neoconstitucionalista*.⁵²⁰ É possível estabelecer o conteúdo definatório das teorias que compõem o *neoconstitucionalismo* com base nas noções de jusnaturalismo e juspositivismo epistemológico.

Diferentemente do jusnaturalismo, o *neoconstitucionalismo* rejeita a existência de um direito atemporal e universalmente válido. Todavia, apesar do fato de que quase a totalidade das teorias que compõem a abordagem neoconstitucionalista do fenômeno jurídico parece rejeitar todas as três teses fundamentais do positivismo jurídico epistemológico, todas elas necessariamente rejeitam a tese da separabilidade conceitual entre direito e moral. Portanto, o traço distintivo do neoconstitucionalismo enquanto corrente jusfilosófica é a afirmação da *tese da conexão conceitual necessária entre o direito e a moral* de um modo distinto das teorias que compõem o jusnaturalismo.⁵²¹

Essa conexão pode assumir vários sentidos, dependendo do que se entenda por “moral”. Isto, pois, a noção de “moral” ou “moralidade” também não é unívoca, podendo significar ao menos três coisas distintas: (i) o conjunto de regras sobre o que é ser bom ou justo que um sujeito estabelece para si mesmo (moral individual ou subjetiva); (ii) o conjunto empírico de regras sobre o que é ser bom ou justo que uma comunidade estabelece para ela de modo convencional (moral positiva ou social); (iii) um conjunto de regras ideais de cunho transindividual sobre o que é ser bom ou justo segundo algum critério de racionalidade moral.

O primeiro sentido (moral individual) parece ser irrelevante para a compreensão da tese e, portanto, a tese da conexão pode assumir dois sentidos básicos: (a) a conexão conceitual entre o direito e a moralidade positiva ou social; ou (b) a conexão conceitual entre o direito e a moralidade ideal ou crítica. As duas formas da tese da conexão⁵²² podem ser sustentadas pelas teorias neoconstitucionalistas e

⁵²⁰Basta ver o caso de Alfonso Garcia Figuerola (Cf. GARCIA FIGUEROA, Alfonso. **Criaturas de la Moralidad**. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos. Madrid, Trotta, Madrid, 2009).

⁵²¹ GARCIA AMADO, Juan Antonio. **Iusmoralismo(s)**: Dworkin, Alexy, Nino. Arequipa: Legisprudence, 2014.

⁵²²Juan Antonio García Amado a enuncia do seguinte modo: “Que a moral é elemento essencial e constitutivo de todo verdadeiro sistema jurídico, de todo sistema jurídico que seja propriamente tal, de maneira que não será jurídico de verdade um sistema legal ou de normas formalmente jurídicas que em seus conteúdos contrarie gravemente certos mandados morais básicos, e que não será puramente jurídica uma norma de direito cujo conteúdo seja notoriamente injusto, imoral”. (GARCIA AMADO, Juan Antonio. **Iusmoralismo(s)**...Op.Cit.p. 10).

é principalmente em razão da adoção dessa tese que elas se constituem como anti-positivistas ou, ao menos, como não-positivistas (como prefere Alexy).⁵²³ Se o *neoconstitucionalismo* rejeita as demais teses fundamentais do positivismo jurídico, isto se dá em razão da adoção da tese da conexão: (i) se para identificar o direito positivo eu preciso em alguma medida recorrer à moral (social ou ideal) e a moral não é identificável por meio do mero recurso às fontes reconhecidas pela sociedade como autoridade, então a tese das fontes deve ser rejeitada;⁵²⁴ (ii) se para identificar o direito positivo eu preciso, em alguma medida, recorrer ao raciocínio moral e este não consiste em uma atividade meramente descritiva de normas socialmente convencionadas, mas sim uma forma de razoamento que envolve necessariamente elementos prescritivos ou normativos (avaliativos), então a tese epistêmica da descritividade moralmente neutra deve ser rejeitada.

Em razão da importância que a tese da conexão necessária entre o direito e a moral assume para as teorias neoconstitucionalistas, e diante do fato de se contraporem ao positivismo jurídico, podemos denominá-las de *jusmoralismo* ou *moralismo jurídico*.⁵²⁵ Dimoulis afirma que essa terminologia é mais precisa do que as noções de “neoconstitucionalismo”, “pós-positivismo” etc, pois visa facilitar a compreensão das posições contrárias do positivismo jurídico e serve “para melhor situar as abordagens juspositivistas no debate moderno, evitando a contraposição anacrônica entre positivismo e jusnaturalismo”.⁵²⁶ Continuaremos usando as noções de “neoconstitucionalismo” e “pós-positivismo” como sinônimas, mas importa ressaltar aqui que a característica fundamental dessa corrente jusfilosófica não-jusnaturalista e

⁵²³Robert Alexy passou a denominar sua perspectiva de “não-positivismo inclusivo”, Cf. ALEXY, Robert. **La Doble Natureza del Derecho**. Madrid: Trotta, 2016, pp.73-84; ALEXY, Robert. “Algunas reflexiones en torno a cómo m pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años” In: PULIDO, Carlos Bernal (ed.). **La Doble Dimensión del Derecho: autoridad y razón en la obra de Robert Alexy**. Lima: Palestra, 2011, pp.59-87.

⁵²⁴García Amado enuncia essa consequência a partir de uma moralidade crítica ou ideal do seguinte modo: “Que, portanto, existe uma parte de qualquer direito, de todo sistema autêntico, que não provém das meras convenções sociais, senão que nasce de verdades morais válidas e subsistentes à margem e com independência de quaisquer acordos sociais [...] Geralmente as teorias neoconstitucionalistas afirmam uma conexão a partir de uma moralidade crítica ou ideal, porém, entendemos que mesmo a afirmação de uma versão mais fraca na forma de uma conexão necessária com a moralidade positiva pode conduzir à negação da tese juspositivista das fontes sociais”. (GARCIA AMADO, Juan Antonio. **Iusmoralismo(s)**...Op.Cit.p.10).

⁵²⁵García Amado usa o termo *jusmoralismo* para abranger todas as teorias que aceitam a conexão necessária entre o direito e a moral, englobando, portanto, a corrente jusnaturalista. Por outro lado, Dimoulis usa a expressão *moralismo jurídico* para se referir apenas às teorias que aceitam a tese da conexão necessária e não são jusnaturalistas. No presente estudo utilizaremos os termos como sinônimos no sentido proposto por Dimoulis, excluindo-se o jusnaturalismo. Cf. GARCIA AMADO, Juan Antonio. **Iusmoralismo(s)**...Op.Cit.; DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.85 e ss.

⁵²⁶DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.97.

anti-positivista surgida na segunda metade do século XX, ainda que porventura negue contingencialmente as demais teses fundamentais do juspositivismo epistemológico, é o modo especificamente não-jusnaturalista de sustentar a *tese da conexão necessária entre o direito e a moral*, o que nos autoriza a classificá-las como *jusmoralistas*.

Antes de encerrar o tópico, cabe aqui especificar um pouco melhor o sentido da tese juspositivista da separabilidade conceitual entre o direito e a moral. Isso é importante em razão das contínuas confusões feitas a respeito dessa tese na compreensão do positivismo jurídico, não raro resultando em caricaturas ingênuas ou reproduções deformadas do juspositivismo. A tese da separabilidade não significa que a moral esteja faticamente separada do direito positivo. De fato, basta olhar para a formação da legislação penal brasileira das décadas passadas para compreender como o direito positivo foi utilizado como instrumento de coerção social para tentar impor à sociedade uma determinada concepção de moralidade.⁵²⁷ Também não significa que o direito positivo *deva* ser neutro e amoral ou avalorativo, no sentido de afirmar que o direito positivo *deve* se afastar de concepções morais, pois a tese da separabilidade é uma tese sobre o conceito de direito e não sobre como o direito positivo *deve ser* (v.g. conteúdo do direito positivo).

Por fim, a tese da separabilidade afirmada pelos juspositivismo epistemológico não significa que ao interpretar o direito e o aplicar aos casos concretos os juízes não utilizam, empiricamente, argumentos morais como se a tese da separabilidade fosse uma espécie de proposição afirmativa típica de uma sociologia dos tribunais. Ou, ainda, que os juízes não *devam* utilizar argumentos morais em suas decisões como se fosse uma proposição prescritiva de uma teoria normativa da decisão judicial. O positivismo jurídico epistemológico está preocupado em identificar e descrever o direito de modo moralmente neutro e, portanto, apesar de reconhecer que, de fato, o uso de argumentos morais na adjudicação do direito pelos

⁵²⁷Vide, por exemplo, a noção de “mulher honesta” na redação original do Código Penal (crime de posse mediante fraude, art. 215; atentado ao pudor mediante fraude, art. 216 e rapto violento ou mediante fraude, art. 219), a criminalização do adultério (art. 240) e a ainda vigente criminalização seletiva de drogas. Um exemplo atual é o tratamento jurídico dado a pessoas homossexuais: de acordo com o art. 64, IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e o art. XXX, alínea “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, é proibida a doação de sangue por homens que tenham praticado sexo com outros homens nos últimos 12 (doze) meses.

juízes é corriqueiro, não faz recomendações acerca de como os juízes devem interpretar e aplicar o direito aos casos concretos.

4.2 O SENTIDO DO “PÓS-POSITIVISMO”: POR UMA NECESSÁRIA CLARIFICAÇÃO CONCEITUAL

No primeiro capítulo deste estudo nos dedicamos a expor o surgimento de um discurso antipositivista atrelado a estudos doutrinários de direito constitucional na literatura jurídica brasileira. Tal discurso se inicia com Paulo Bonavides, quando o autor passa a se valer de modo original da expressão “pós-positivismo”, introduzindo-a, com êxito, no âmbito da doutrina constitucional brasileira. Tal neologismo se consolida – não apenas a expressão se consolida, mas também as ideias por detrás dela se firmam, tornando-se populares e amplamente aceitas na comunidade jurídica brasileira – com a contribuição de vários constitucionalistas, dos quais destacamos, em especial, os estudos de Luís Roberto Barroso.

Além da expressão “pós-positivismo”, as obras de Barroso contribuíram muito para a difusão do termo “neoconstitucionalismo” na literatura jurídica nacional. Explicamos, anteriormente, o sentido que tal expressão assume nas obras do autor, bem como os graves problemas que tal noção acarreta (confusão entre fenômeno jurídico e teoria do direito) e propusemos uma definição estipulativa de modo a tornar o conceito mais preciso, voltando-se ao sentido originalmente proposto pelos teóricos genoveses. Nessa resignificação, o sentido de *neoconstitucionalismo* deixa de se referir conjuntamente a instituições e a doutrinas, passando a designar apenas doutrinas ou teorias jurídicas jusmoralistas, tornando-se, assim, equivalente à noção de *pós-positivismo* proposta por Barroso – que se valia do termo para indicar o *marco filosófico* do que entendia por *neoconstitucionalismo*.

A origem histórica e o sentido original do termo “neoconstitucionalismo” já foram objeto de nossa análise no primeiro capítulo deste trabalho. Todavia, optamos por não fazer o mesmo com a locução “pós-positivismo” naquela ocasião, reservando tal investigação para um momento posterior. Apesar do amplo uso que tal termo experienciou nos estudos recentes de teoria do direito, segundo o entendimento de Juan Carlos Bayón, tal expressão não passa de uma etiqueta circunstancial de “nulo

poder explicativo”.⁵²⁸ No presente tópico, nossa preocupação será explicar, ainda que brevemente, as possíveis origens do vocábulo “pós-positivismo”, seu sentido original, o modo como ele foi apropriado (erroneamente) pela doutrina brasileira, bem como a possibilidade de uma definição estipulativa que o torne mais preciso.

Já observamos que Bonavides utiliza o termo de modo impreciso para designar tanto um “novo” modelo de teoria do direito (idealista e moralista) quanto para se referir a uma nova época em que tal modelo teria sido aceito pela doutrina e pela jurisprudência como hegemônico.⁵²⁹ Para o constitucionalista, esse novo modo de se fazer teoria do direito significa um rompimento radical com o positivismo jurídico (em especial, com o modelo kelseniano) e está relacionado a um retorno dos valores ao direito por meio do reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, o que resultaria numa “nova hermenêutica” que privilegia o aspecto substancial e axiológico do direito, englobando, assim, os mais distintos autores debaixo do rótulo “pós-positivismo” (desde Viehweg à Alexy).⁵³⁰

Em suma, Bonavides usa o termo “pós-positivismo” no sentido de “anti-positivismo”, para designar um *conjunto de teorias* que: (i.a) rejeitam as premissas e fundamentos filosóficos do positivismo jurídico (não suas contribuições) como vetustos, obsoletos, politicamente perigosos; (i.b) são apontadas pelo constitucionalista como superadoras do arcaico arcabouço teórico tradicional do juspositivismo ou, (ii) conjuntamente, para designar uma época em que se verifica o predomínio (no domínio prático e no âmbito teórico) de tais teorias e a obsolescência do juspositivismo. Vejamos, inicialmente, este segundo sentido do termo.

A existência de uma “faixa histórica do pós-positivismo”, afirmada por Bonavides,⁵³¹ que se iniciaria com a visível falência política do juspositivismo após a queda dos regimes totalitários (nazismo, fascismo, etc.) no pós-guerra, como também sustenta Barroso,⁵³² é claramente falsa do ponto de vista cronológico. Ao contrário do

⁵²⁸ BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del...” Op.cit. p.3.

⁵²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.Cit. p. 285.

⁵³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.185 e ss., 284, 488-497, 516. Trata-se de um conjunto de “tendências axiológicas de compreensão do fenômeno constitucional cada vez mais atado à consideração dos valores e à fundamentação do ordenamento jurídico”, conjugando a Lei e o Direito em bases axiológicas, “ao contrário do que costumavam fazer os clássicos do positivismo, preconceitualmente adversos à juridicidade dos princípios” e, por isso, “abraçados, por inteiro, a uma perspectiva lastimavelmente empobrecedora da teoria sobre a normatividade do Direito”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.266).

⁵³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.cit. p.276.

⁵³² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...** Op.Cit. p.242.

que afirma o discurso neoconstitucionalista, o positivismo jurídico epistemológico experienciou um grande desenvolvimento após o término da II Guerra Mundial.

Para ficarmos apenas com as grandes obras dos juspositivistas mais influentes, temos os seguintes exemplos: Alf Ross publicou sua obra *Direito e Justiça* inicialmente em 1953 (edição dinamarquesa), ganhando especial notoriedade após a publicação de sua versão inglesa em 1958.⁵³³ A segunda edição da obra *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, substancialmente ampliada, foi publicada apenas em 1960.⁵³⁴ Herbert L.A. Hart publica a primeira edição de sua maior obra (*O Conceito de Direito*) em 1961, iniciando um debate que perdura até nossos dias (em especial após a publicação de seu *pós-escrito* em 1994, a partir da 2ª edição da mencionada obra).⁵³⁵ Por fim, em 1971 era publicada a primeira edição de *Normative Systems* de Carlos Achourrón e Eugenio Bulygin, que refinou a teoria analítica do direito ao incorporar o uso da lógica deôntica desenvolvida por Von Wright ao estudo do direito.⁵³⁶

O debate com Dworkin e a publicação póstuma do pós-escrito de Hart proporcionaram um desenvolvimento teórico significativo ao positivismo jurídico anglo-saxão, que atualmente se encontra dividido em duas vertentes distintas: o inclusivismo e exclusivismo.⁵³⁷ Portanto, afirmar que estaríamos vivendo atualmente em uma “época do pós-positivismo” e que o positivismo jurídico teria fracassado com a queda dos regimes totalitários no pós-guerra é demonstrar um grave desconhecimento do desenvolvimento histórico recente da teoria analítica do direito.

⁵³³ ROSS, Alf. [1953] **On Law and Justice**. London: Stevens and Sons, 1958.

⁵³⁴ KELSEN, Hans. [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁵³⁵ HART, H.L.A. [1961] **O Conceito de Direito**. 2ª ed. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

⁵³⁶ ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. **Normative Systems**. New York: Springer-Verlag, 1971. Para uma introdução, consultar: ODAHARA, Bruno Periolo. **Das Normas aos Sistemas Normativos em Eugenio Bulygin**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 2016.

⁵³⁷ Cf. ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El Debate Sobre el Positivismo Jurídico incluyente**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006; WALUCHOW, W. **Inclusive Legal Positivism**. New York: Oxford University Press, 2003; HIMMA, Kenneth E. **Derecho y Moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011; JIMÉNEZ CANO, Roberto M. **Una Metateoría del Positivismo Jurídico**. Madrid, Marcial Pons, 2008. Para uma introdução, ver: BOLZANI, Cesar. **Coerência, Fontes e Incorporação: Investigações sobre a relação entre direito e moral**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 2011.

Todavia, Bonavides não usa o termo “pós-positivismo” apenas no sentido temporal, mas se vale dele também para designar um conjunto de teorias supostamente superiores ao positivismo jurídico. Nesse sentido, o constitucionalista usa a expressão “pós-positivismo” por clara influência do pensamento de Friedrich Müller, criador da *Teoria Estruturante do Direito*.⁵³⁸ Entretanto, é preciso esclarecer que, ao se apropriar do termo cunhado pelo jusfilósofo alemão, o constitucionalista brasileiro atribui ao vocábulo um sentido distinto daquele originalmente fixado por Müller.⁵³⁹ Isto, pois, no plano jurídico, Müller distingue entre o que ele denomina (i) *positivismo da vigência do direito*; e (ii) *positivismo do tratamento da norma*.⁵⁴⁰ Para

⁵³⁸MÜLLER, Friedrich. **Discours de la Méthode Juridique**. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996; MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. trad. Peter Nauman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante Do Direito**. trad. Peter Nauman. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 3ª ed. rev. ampl. trad. Peter Nauman. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Além de Friedrich Müller (e muito depois dele), os austríacos Alexander Somek e Nikolaus Forgó também propuseram uma abordagem “pós-positivista” do direito na obra *Nachpositivistisches Rechtsdenken* (1996). A proposta dos autores é uma “versão crítica do realismo jurídico norte-americano, que se aproxima da corrente dos *critical legal studies*” e ambos “rejeitam categoricamente o pós-positivismo na versão de Müller, considerando que a aplicação do direito não se baseia no conhecimento de normas preexistentes, mas constitui uma criação (‘produção’) de decisões, segundo critérios políticos e como exercício de poder social” (DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p.48). Cf. SOMEK, Alexander; FORGÓ, Nikolaus. **Nachpositivistisches Rechtsdenken**: Inhalt und Form des positiven Rechts. Wien: Springer, 1996. O termo parece ter ganhado projeção no mundo de fala latina a partir dos estudos de Albert Calsamiglia (CALSAMIGLIA, Albert. “Postpositivismo”. In: **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Espanha, n. 21-I, 1998. p. 209-220). Com o desenvolvimento de sua teoria institucional do direito, Neil MacCormick também passou a denominar sua perspectiva teórica de pós-positivista. Isto, pois, mesmo rejeitando a confusão entre teoria do direito e teoria moral feita por autores como Dworkin (MacCormick aceita a tese conceitual da separabilidade), afirma que a distinção conceitual entre direito e moral não significa que não existam limites morais a respeito do que seja conceitualmente razoável reconhecer como “direito” no sentido de “ordem normativa institucional”. No extremo, a injustiça seria incompatível com o direito. Cf. MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. Entretanto, ao analisar a perspectiva teórica final sustentada por MacCormick, Vittorio Villa conclui que ao menos do ponto de vista metodológico, seu pensamento ainda pode ser colocado no campo do positivismo jurídico (epistemológico). Ver: VILLA, Vittorio. “Neil MacCormick’s legal positivism”. In: BANKOWSKI, Zenon; DEL MAR, Maksymilian. **Law as Institutional Normative Order**. Farnham: Ashgate, 2006.

⁵³⁹Sobre o tema, conferir: FACHIN, Zulmar. A.; RODRIGUES, Renê. C. “O Conceito de Pós-Positivismo em Friedrich Müller: algumas reflexões”. In: FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. (Org.). **Temas de Direito Constitucional Contemporâneo**. Birigui: Boreal, 2015, v. 1, p. 1-21; FONTOURA, João Fábio Silva da. **Positivismo Jurídico e Pós-positivismo à luz da Metodica Estruturante**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2009; GOMES, Nestor Castilho. **A Teoria da Norma de Friedrich Müller**: reflexos na metódica jurídica. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

⁵⁴⁰MÜLLER, Friedrich. **Métodos de...** Op.Cit. 154-156. Para Müller, o *positivismo da vigência do direito* “principia na Antiguidade (sofistas gregos), nunca desaparece de todo da discussão (nominalismo) e começa por igual a impor-se amplamente em meados do sec. XIX num surto histórico”. (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de...** Op.Cit. p.154).

compreender o sentido da expressão “pós-positivismo” nos termos estabelecidos por Müller é necessário explicar tal distinção.

(i) O que o jusfilósofo alemão denomina genericamente de *positivismo da vigência do direito* nada mais é do que a definição (meramente ontológica) de positivismo jurídico fornecida por Bobbio: “o *positivismo jurídico* é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”.⁵⁴¹ Segundo Müller, o *positivismo da vigência do direito* seria uma forma de pensamento que, para identificar o que é o direito, “parte de algo incontestavelmente factual, do que é ‘positivamente dado’”, sendo que o questionamento fundamental dessa concepção seria: “em que deve consistir a *positividade* do direito?”.⁵⁴² Nessa perspectiva, segundo o jusfilósofo alemão, haveria, pelo menos, três tipos de positivismo: o *positivismo psicológico* (Bierling, Merkel, Jellinek, Beling); o *positivismo sociológico* (Ehrlich, Weber, Geiger) e o *positivismo legalista de inspiração estatalista* (Gerber, Laband, e seus herdeiros). Segundo o autor, mesmo com o fugaz e breve lampejo do “eterno retorno do Direito Natural” após o final da II Guerra Mundial, o *positivismo jurídico da vigência do direito* (compreendido enquanto conjunção da *tese da separabilidade entre direito e moral* e *tese das fontes sociais*, ou seja, as duas teses *ontológicas* do conteúdo mínimo do positivismo jurídico) “continuou sendo a atitude básica predominante entre os juristas” e não é negado pelo jusfilósofo alemão.⁵⁴³

(ii) Por sua vez, o que Müller denomina de *positivismo do tratamento da norma* (que às vezes também é chamado pelo autor de “positivismo legalista” e “positivismo extremado”) é praticamente equivalente ao que Ferrajoli intitula de *paleo-juspositivismo* e ao que Bobbio qualificou de “teoria juspositivista em sentido estrito”, ou seja, o “positivismo ingênuo” do século XIX (quando fala em positivismo jurídico entendido como teoria do direito).⁵⁴⁴ Isto é, trata-se de uma concepção teórica que

⁵⁴¹BOBBIO, Norberto. **O Positivismo...** Op.Cit. p.26.

⁵⁴²MÜLLER, Friedrich. **Métodos de...**Op.Cit. p.154.

⁵⁴³MÜLLER, Friedrich. **Métodos de...**Op.Cit. p.155, 156.

⁵⁴⁴MÜLLER, Friedrich. **Métodos de...**Op.Cit. p.156 e seguintes. Afirmamos que “praticamente” pois, muitas vezes de forma inconsistente, o autor engloba a concepção de norma jurídica da teoria pura do direito kelseniana em suas críticas ao *positivismo do tratamento da norma*. Por certo, o tratamento que Kelsen dá para a teoria da norma jurídica é muito distinto das concepções que compõem o paleo-juspositivismo do século XIX. Ao contrário do que se pode afirmar do positivismo jurídico do século XIX, Kelsen não confunde “texto” e “norma” em sua obra *Teoria Pura do Direito* (1960). Conforme o próprio Kelsen: “‘Norma’ é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito...**Op.Cit. p. 6). Norma jurídica é o *sentido* de um ato de vontade, não o próprio ato de vontade e muito menos o texto normativo resultante do ato de vontade. Portanto, a crítica de Müller (os positivistas confundiriam “texto da norma” com a própria “norma jurídica”) não atinge a concepção de

defende conjuntamente uma peculiar concepção de *ordenamento jurídico* e uma específica *metodologia de aplicação do direito*, que, segundo Bobbio, pode ser compreendida como sendo uma perspectiva que adota seis noções teóricas: (i) a *teoria coativa do direito*; (ii) a *teoria legislativa do direito*; (iii) a *teoria imperativa do direito*; (iv) a *teoria da coerência*; (v) a *teoria da completude*; (vi) a *teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito*. É contra essa concepção teórica que Müller desenvolverá suas duras críticas, afirmando que tal perspectiva é duplamente insuficiente: (a) tanto para explicar o direito cientificamente, pois confundiria o “texto da norma” com a “norma jurídica”, fazendo abstrações reificantes que afastam o direito do plano da realidade; (b) quanto para fornecer ferramentas teóricas para sua aplicação na prática judicial contemporânea – em especial, no âmbito do direito constitucional (isto, por insistir na aplicação mecânica da lei e na suficiência dos *cânones* de Savigny para a atividade interpretativa do direito).

Corretamente, Müller denuncia o que ele denomina de *positivismo do tratamento da norma* como sendo, na verdade, uma concepção *pseudo-científica*, falando numa *função legitimista do positivismo* que se mostrou de forma especialmente nítida no âmbito alemão (mais especificamente na esfera do Direito do Estado) a favor da restauração política e da reação antiliberal depois de 1848/1849.⁵⁴⁵ Segundo o autor, depois “de 1870 essa posição consistiu sobretudo em blindar a concepção monárquico-conservadora do Estado, a política antiliberal e, genericamente, as relações políticas e sociais existentes contra críticas possíveis”.⁵⁴⁶ Assim, o *positivismo jurídico do tratamento da norma* (positivismo legalista de Laband, Gerber e outros) criticado por Müller não seria propriamente uma perspectiva científica, mas sim uma doutrina jurídica de caráter ideológico.

Todavia, a crítica à teoria da norma ou à teoria da aplicação do direito sustentadas pelo *paleo-juspositivismo* não são suficientes para atingir as teorias atuais que compõem *positivismo jurídico epistemológico*. É possível rejeitar a concepção de norma jurídica de uma determinada teoria juspositivista sem, contudo, rejeitar conjuntamente o positivismo jurídico como empreendimento epistemológico consistente e adequado. Um exemplo claro de tal entendimento pode ser visto nas

norma jurídica expressada na obra *Teoria Pura do Direito*. Em sentido contrário, ver: CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; GOMES, Nestor Castilho. “A teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen: uma crítica a partir da obra de Friedrich Müller” In: **Revista Sequência**, no 57, dez. 2008. pp. 95-114.

⁵⁴⁵ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de...** Op.Cit. p.157

⁵⁴⁶ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de...** Op.Cit. p.157.

agudas críticas que H.L.A Hart faz à teoria do direito de John Austin, rejeitando – entre outras coisas – a ideia de que normas jurídicas constituem meros comandos emitidos pelo soberano (*imperativismo*).⁵⁴⁷ O próprio Hart já ressaltava, em 1958, que alguns críticos do positivismo jurídico pensavam (erroneamente) que apontar as inadequações da teoria do comando – que gradualmente vinham à tona – como teoria da norma jurídica bastaria para demonstrar *in totum* a falsidade do juspositivismo como um proposta epistemológica do direito.⁵⁴⁸

Assim, deve ser frisado que as críticas de Müller são dirigidas a um tipo específico de teoria da norma jurídica que não é compartilhado por todos os adeptos do positivismo jurídico como corrente jusfilosófica. Quanto à *teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito*, o próprio Bobbio já ressaltava, em 1961, que ela foi defendida apenas pela “teoria juspositivista em sentido estrito” (v.g. pelo *paleo-juspositivismo* do século XIX), tendo sido rejeitada pela “teoria juspositivista em sentido amplo”.⁵⁴⁹ Por fim, a crítica de *pseudo-cientificidade* feita por Müller também não atinge o positivismo jurídico epistemológico, na medida em que a perspectiva teórica criticada pelo jusfilósofo alemão é enquadrada tanto por Bulygin quanto por Chiassoni como pertencente ao *positivismo jurídico ideológico*.⁵⁵⁰

Em que pese tais considerações críticas ao *positivismo do tratamento da norma* (“positivismo legalista” e “positivismo extremado”), o próprio Müller resalta que a noção de *pós-positivismo* (“*Nachpositivismus*”) proposta por ele significa, na realidade, “retomar o que foi reprimido pelo positivismo e elaborá-lo de forma generalizável na Dogmática, Metódica e Teoria” de modo a não reduzir a norma jurídica ao seu texto, não conceber o ordenamento jurídico como uma ficção artificial e não submeter a solução de um caso a um processo logicamente inferível por meio do silogismo.⁵⁵¹ Segundo ele, o “pós-positivismo” consiste numa “proposta de um modelo de teoria e práxis que abrange a Dogmática, a Metódica, a Teoria do Direito e a Teoria Constitucional”⁵⁵² que estructure racionalmente o que fora deixado de lado como metajurídico pelo juspositivismo, em especial no que tange ao processo de

⁵⁴⁷HART, H.L.A. [1961] **O Conceito de Direito**. 2ª ed. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. pp. 23-102.

⁵⁴⁸ HART, H.L.A. “Positivism and the separation of law and morals”. In: **Harvard Law Review**, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), p. 601.

⁵⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo...** Op.Cit. p.237.

⁵⁵⁰Cf. CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer...**Op.Cit. p. 86 e ss. BULYGIN, Eugenio. **El Positivismo...**Op.Cit. p. 71.

⁵⁵¹ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de...**Op.Cit. p.160.

⁵⁵² MÜLLER, Friedrich. **Métodos de...**Op.Cit. p.161.

interpretação e aplicação (*práxis*) do direito.⁵⁵³ Quanto à metodologia de aplicação do direito, Müller desenvolve sua *teoria estruturante* em oposição tanto ao *paleo-juspositivismo* (que entendia tal processo como uma atividade neutra e lógico-dedutiva) quanto à concepção de interpretação desenvolvida pela teoria pura kelseniana (que entendia a aplicação do direito como um ato de vontade, para além da controlabilidade de padrões racionais), procurando oferecer um instrumental teórico que seja capaz de proporcionar uma estrutura de racionalidade às decisões judiciais de um Estado de Direito.⁵⁵⁴

Contudo, o jusfilósofo alemão afirma: “A ‘superação’ do positivismo não é de modo nenhum um fim legítimo em si mesmo”.⁵⁵⁵ Isto, pois, os “antipositivismos [como a Tópica de Viehweg, por exemplo] esforçaram-se, debalde, em ‘superar’ o positivismo”. Todavia, os “objetivos do positivismo de cientificizar na medida do possível a Ciência Jurídica e de elaborar uma dogmática racional”, não deveriam “ser esquecidos em benefício de exigências menores de racionalidade e honestidade em questões de método”.⁵⁵⁶

Para Müller, parece “mais correto não regredir nesse esforço para aquém do positivismo, não deixar de atingir o seu padrão de tecnicidade”.⁵⁵⁷ Segundo o autor, uma verdadeira superação do *positivismo do tratamento da norma* “não deve renunciar à busca pela objetividade na aplicação do direito, mas apenas promover a adequação desta busca às consequências da natureza estruturante da norma jurídica e às condicionantes específicas que o Estado Democrático de Direito impõe ao trabalho jurídico em todos os níveis”⁵⁵⁸ da ciência jurídica. Müller não rejeita a tese das fontes sociais nem a tese da separabilidade conceitual entre direito e moral (teses ontológicas), mas é possível afirmar que sua concepção teórica não é adequada à

⁵⁵³ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de...** Op.Cit. p.159,160.

⁵⁵⁴ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de...** Op.Cit. p.18. “Do ponto de vista de uma prestação de contas hermenêutica e metodológica que é apresentada com referência ao seu próprio fazer e deve ser apresentada no Estado de Direito, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal fornece um quadro de pragmatismo sem direção, que professa de modo tão globalizantemente indistinto quão acrítico ‘métodos’ exegéticos transmitidos pela tradição — e caudatários do positivismo legalista na sua alegada exclusividade —, mas rompe essas regras em cada caso de seu fracasso prático sem fundamentar esse desvio [...] A dissolução da lei constitucional em casuística teria como contrapartida a transformação do Estado de Direito em Estado do Judiciário”. (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de...** Op.Cit. pp.20,27).

⁵⁵⁵ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de...** Op.Cit. p.161.

⁵⁵⁶ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de...** Op.Cit. p.161.

⁵⁵⁷ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de...** Op.Cit. p.160.

⁵⁵⁸ FONTOURA, João Fábio Silva da. **Positivismo Jurídico e Pós-positivismo à luz da Metodica Estruturante**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2009. p.73.

tese epistemológica da descritibilidade do direito, ao menos não na versão simplificada da *tese da descrição fática*. Em suma, os adeptos da *teoria estruturante do direito* “aceitam plenamente a teoria juspositivista da validade do direito, isto é, o caráter vinculante das fontes jurídicas [...], excluindo a interferência de considerações morais” e insistindo fortemente “na necessidade de elaborar rigorosos métodos de interpretação, criticam os ‘antipositivistas’ que desejam transformar o aplicador em ‘legislador oculto’”.⁵⁵⁹

Assim sendo, Müller usa o termo “pós-positivismo” para qualificar sua metódica jurídica que procura desenvolver instrumentos conceituais capazes de dar conta do problema da racionalidade da decisão judicial no Estado Constitucional – e isso nada tem a ver com o reconhecimento de princípios como valores. Para o autor, a tópica de Viehweg é um exemplo claro de antipositivismo e não de pós-positivismo, contrariamente ao que afirma Bonavides. Para o constitucionalista brasileiro, qualquer teoria do direito que se preocupe com valores jurídicos (e não apenas a forma do direito) e que não pregue uma interpretação judicial de cunho lógico-silogístico é digna de ser rotulada como “pós-positivista”. Enquanto Müller mantém a tese da separabilidade conceitual entre o direito e a moral e procura desenvolver uma teoria da decisão judicial de caráter racional, Bonavides rompe completamente com tal tese e enfatiza uma interpretação judicial axiológica (idealista, moralista e, alguns acrescentariam, irracionalista) por meio dos princípios constitucionais.

Tais considerações devem servir para deixar assentado que em seu sentido original “pós-positivismo” significa ir *além da racionalidade proposta pelo positivismo jurídico sem rejeitá-lo* (ou, pelo menos, sem rejeitar as teses ontológicas do juspositivismo epistemológico – mantendo-se o que o jusfilósofo alemão chamou de *positivismo da vigência do direito*), não se confundindo com o sentido de antipositivismo principiológico, como popularizado no âmbito da literatura brasileira a partir de Bonavides. Portanto, Müller deixa claro que “precisamos não do antipositivismo, mas de uma teoria pós-positivista do direito”,⁵⁶⁰ ou seja, de uma

⁵⁵⁹DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**... Op.Cit. p.48.

⁵⁶⁰MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma**...Op.Cit. p.10. O jusfilósofo alemão esclarece que usa a expressão “pós-positivismo” desde a primeira edição de sua *Juristische Methodik*, em 1971: “Ela foi concebida desde meados dos anos 60 e publicada a partir de 1966 (no livro *Normstruktur und Normativität*). Ela concebe o trabalho jurídico como um processo a ser realizado no tempo, e os enunciados nas codificações como textos de normas (no sentido da linguística como ‘formulários de textos’, no sentido da filosofia da linguagem de Chares Sanders Peirce como expressões com ‘significância’, mas ainda não com ‘significado’), i.é, como pré- formas legislatórias da norma jurídica, que por sua vez está por ser produzida no decurso temporal da decisão é co-constitutivo. O texto da

“metódica destinada a ir além do positivismo legalista [que] deve indicar regras para a tarefa de concretização da norma no sentido abrangente de práxis efetiva”.⁵⁶¹

Essa compreensão é importante e deve ser ressaltada: é possível ir além do *positivismo jurídico* sem negar uma *teoria positivista da natureza do direito*, ou seja, é possível desenvolver teorias/doutrinas do direito (como uma teoria da argumentação jurídica, por exemplo) de cunho prescritivo, a fim de além da descrição moralmente neutra do direito positivo, mantendo-se um conceito positivista de direito positivo. É exatamente por isso que Bruno Torrano faz uma distinção entre os dois sentidos que pode assumir a locução “pós-positivismo”, constatando um sentido *fraco* e um sentido forte da expressão.⁵⁶²

Valendo-se de tal distinção, podemos afirmar que há: (i) um *pós-positivismo fraco*, entendido como sendo a atividade reflexiva do jurista feita após a descrição moralmente neutra do direito positivo e em complemento desta descrição prévia, momento este em que há uma tomada de posição moral e/ou política por parte do agente em alguma direção.⁵⁶³ Isto poderia se dar, por exemplo, quando se recomenda aos juízes a adoção de uma determinada interpretação jurídica de um texto normativo com base em um conjunto de razões, ou, ainda, quando se critica o direito positivo por considerá-lo ilegítimo, imoral ou socialmente ineficaz para atingir seus objetivos comunitários (v.g. pós-positivismo como *complementação* da atividade descritiva feita pelo juspositivismo epistemológico); (ii) um *pós-positivismo forte* que sustenta o repúdio e o descarte do positivismo jurídico como teoria descritiva do direito,⁵⁶⁴ rejeitando-se: (a) a *tese fontes sociais* (por afirmar que o direito pode ser identificado sem uma referência às convenções sociais autoritativas); (b) a *tese da separabilidade*

norma no Código Legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado ‘concretização’. A norma jurídica está estruturada segundo ‘programa da norma’ e ‘âmbito da norma’; ela é, portanto, um conceito composto que torna o problema tradicionalmente irresolvido de ‘ser e dever ser’ operacional e trabalhável. Com isso os dualismos irrealistas do passado do direito, tais como ‘norma/caso’, ‘direito/realidade’ podem ser aposentados assim como a ilusão da ‘aplicação’ do direito como subsunção ou silogismo ou como a construção linguisticamente não realizável de um ‘limite teor literal’ definível, coisificado na linguagem. Todos esses dualismos são representações centrais fracassadas do positivismo histórico”. MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma...** Op.Cit. p.10. Como afirma Dimoulis: “Surpreende o fato de encontrarmos classificado como pós-positivista, ao lado desses pensadores [Viehweg, Perelman, Dworkin e Alexy], Friedrich Müller que, como dissemos, é um ferrenho crítico do moralismo (que denomina de ‘antipositivismo’), negando-se a abrir mão da tecnicidade do positivismo jurídico e insistindo no caráter vinculante das fontes estatais do direito”. (DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico...** Op.Cit. p.50).

⁵⁶¹DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico...** Op.Cit. p.47.

⁵⁶²TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei**: entre positivismo e pós-positivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. pp. 85 e ss.

⁵⁶³TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei...** Op.Cit. p. 85,86.

⁵⁶⁴TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei...** Op.Cit. pp.87 e ss.

(por afirmar que a identificação do direito necessariamente demanda o recurso a considerações morais); (c) a *tese epistêmica geral da descritividade* (por afirmar a impossibilidade do direito ser descrito de modo moralmente neutro). Tais teses podem ser rejeitadas individualmente ou em bloco pelo *pós-positivismo* em sentido forte (pós-positivismo como rejeição do conteúdo mínimo do positivismo jurídico e a afirmação de sua *superação* teórica ou filosófica).

Portanto, a expressão *pós-positivismo* poderia ser entendida por meio de uma definição estipulativa na forma de uma disjunção exclusiva: ou como *complementação* (sentido fraco) ou *superação* (sentido forte) do positivismo jurídico epistemológico. Como percebe Torrano, no cenário brasileiro a expressão é utilizada de modo quase absoluto em seu *sentido forte* e com o “efeito de induzir *emotivamente* a plateia a acreditar que se trata de uma teoria jurídica sofisticada e insuperável”.⁵⁶⁵ Esta vertente ganhou “notabilidade e credibilidade pelo reiterado e imprudente espancamento discursivo a outro termo tido como mau em si e por si: o ‘positivismo jurídico’”.⁵⁶⁶ De tal modo, aquele que se autodenomina pós-positivista no cenário jurídico brasileiro arroga para si o “mérito emocional de defesa da ‘justiça’ ou da ‘ética’ enquanto relega ao positivista um posicionamento ‘conservador’ ou ‘retrógrado’. Nada mais absurdo e desnecessário em teoria do direito”.⁵⁶⁷

Torrano afirma que é difícil conceituar o pós-positivismo forte no âmbito da literatura brasileira. Isto se daria em razão de “uma guerra *interna* de teorias autointituladas ‘pós-positivistas’ que se pretendem, cada qual com suas especificidades, superadoras do positivismo jurídico”.⁵⁶⁸ Mesmo diante de tal contexto problemático, ainda seria possível visualizar ao menos cinco características do “pós-positivismo” forte brasileiro, quais sejam: (i) um *narcisismo teórico* que, nutrindo uma “arraigada convicção de *progresso teórico derradeiro*, de *construção jusfilosófica lapidada*” produz uma atitude de *desídia* ou pouco apreço às teses conceituais do juspositivismo epistemológico e, em casos extremos, conduz “a suspeitas acerca da própria inteligência ou boa-fé dos autores que defendem o juspositivismo, os quais, por vezes, são acusados de *querer* (vontade) teorizar o direito sem estudar ou dar atenção à filosofia”;⁵⁶⁹ (ii) tomar o *direito como ponto de partida*

⁵⁶⁵TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei...** Op.Cit. p.87.

⁵⁶⁶TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei...** Op.Cit. p.87.

⁵⁶⁷TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei...** Op.Cit. p.87.

⁵⁶⁸TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei...** Op.Cit. p.88.

⁵⁶⁹TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei...** Op.Cit. pp.88-91.

interpretativo/argumentativo “e não [como] um ponto de chegada *autoritativo*”;⁵⁷⁰ (iii) sustentar uma *validade jurídica moralmente variável* em razão da “inserção de *conteúdos morais* no exame da validade do direito”;⁵⁷¹ (iv) possuir uma *vontade de neoconstitucionalismo* compreendida pelo autor como sendo a defesa de uma política-constitucional de endosso ao ativismo judicial (em detrimento da leitura clássica da separação dos poderes) na concretização de direito sociais em prol de um modelo econômico semelhante ao do *Welfare-State*;⁵⁷² (v) e, por fim, um *desinteresse pelas discussões contemporâneas sobre o positivismo jurídico*.⁵⁷³

Ainda seguindo o entendimento de Torrano, apesar de afirmar que, no cenário brasileiro, o *pós-positivismo forte* é composto por uma plêiade de autores e teses heterogêneas e mesmo contraditórias entre si, seria possível vislumbrar duas posturas teóricas que acabam se sobressaindo perante as demais: (a) um *pós-positivismo romântico ou idealista*⁵⁷⁴ sustentado, entre outros, por Luís Roberto Barroso; e (b) um *pós-positivismo hermenêutico*,⁵⁷⁵ defendido, por exemplo, por Lenio Luiz Streck. Cada

⁵⁷⁰TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei...** Op.Cit. pp. 91-93.

⁵⁷¹TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei...** Op.Cit. p. 93.

⁵⁷²TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei...** Op.Cit. p. 94-96.

⁵⁷³TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei...** Op.Cit. p. 96,97.

⁵⁷⁴O pós-positivismo idealista é caracterizado do seguinte modo: (i) “no tocante à *validade jurídica*, considera que uma lei extremamente injusta não pode ser considerada 'direito' (fórmula de Radbruch), atacando, por essa via, a tese do fato social do positivismo jurídico, segundo a qual o mérito moral de uma norma [por si só] não constitui consideração relevante para que se conclua pela sua validade ou invalidade jurídica. Sendo assim, na medida em que aponta as vantagens ética das Constituições do pós-guerra, afirma que regimes políticos caracterizados pelo habitual atentado à dignidade humana, como o nazismo, não podem ser considerados 'direito' do ponto de vista conceitual. No ponto, acusam o positivismo jurídico de “legitimação” desses regimes”; (ii) “no tocante à *decisão judicial*, sustenta que a leitura de normas jurídicas deve ser realizada de modo a potencializar a efetivação dos princípios constitucionais, sob o argumento de que o ‘fetice da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados’. O magistrado, com o caso em mãos, deve tomar as normas jurídicas como padrões mediadores daquilo que os mandamentos gerais da justiça demandam na hipótese. Há entre outros autores, uma diferença de grau no que concerne ao respeito à lei infraconstitucional: desde uma ressaltada tensão entre segurança jurídica e justiça do caso concreto, no sentido de que, por vezes, o aplicador estaria autorizado a sacrificar os limites semânticos da lei em nome de algum bem moral maior; até a defesa, menos velada, de que o direito não cristaliza apenas vitórias de ‘classes hegemônicas’, sendo cabível, à luz de uma Constituição que é ‘uma fonte inesgotável de argumentos’, o uso ‘alternativo’ e ‘emancipatório’ do direito, ligado à ‘práxis libertária’. Em qualquer caso, o ativismo judicial é encarado, ao menos por vezes, como benefício à democracia, sobretudo nas hipóteses de demora ou deficiência legislativa em questões moralmente sensíveis”. (TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei...** Op.Cit. p. 98,99).

⁵⁷⁵O pós-positivismo hermenêutico é caracterizado do seguinte modo: (i) “No tocante à *validade jurídica*, nega a ‘fórmula de Radbruch’, mas reputa a ‘tese do fato social’ falha em razão de levar necessariamente a um “sistema exclusivo de regras”, ou seja, a um sistema que não se atenta a *princípios* normativos que são ‘direito’ em razão do seu conteúdo’ de moralidade política, e não sua *fonte* (pedigree). Esses padrões normativo não advém da voz de alguma autoridade divina, tampouco de preceitos universais da Razão, mas da tradição estabelecida pela convivência comunitária e pelo significado que as pessoas atribuem a essas normas de comportamento não escritas. Trata-se, portanto, segundo esses teóricos, de uma ‘terceira via’ entre positivismo jurídico e jusnaturalismo

perspectiva sustenta uma teoria da validade jurídica e enfatiza um determinado modelo de decisão judicial, mas o critério nuclear para tal distinção seria o fato de que a primeira postura enfatiza o ativismo judicial e a liberdade axiológica do julgador como uma prática democraticamente próspera, enquanto a segunda tenta impor limites à atividade jurisdicional, exigindo dos aplicadores do direito “o respeito às tradições morais comunitárias, tomando por empréstimo conceitos extraídos, especialmente, das obras de filósofos como Heidegger e Gadamer”.⁵⁷⁶ Os adeptos desta última perspectiva afirmam, ao menos recentemente, que não constituem parte do movimento teórico *neoconstitucionalista* brasileiro,⁵⁷⁷ mas sustentam haver uma *superação paradigmática* do positivismo jurídico na teoria jurídica contemporânea. Tal ideia será abordada no próximo tópico.

Em todo o caso, compreender o termo “pós-positivismo” em seu sentido fraco parece ser aceitável. Isto, pois, como corretamente afirmou Leslie Green: “Nenhum filósofo do direito pode ser apenas um positivista jurídico”.⁵⁷⁸ O juspositivismo epistemológico é uma corrente jusfilosófica que se preocupa apenas e tão somente em identificar o que o direito “é” em uma determinada sociedade, ou seja, o direito positivo válido em um determinado sistema jurídico, não adentrando em questões acerca de como o direito deveria ser interpretado pelas autoridades judiciais, ou quais os requisitos que o direito positivo deve cumprir para poder ser considerado politicamente legítimo ou moralmente justo.

Tais problemas são importantes para a filosofia do direito, mas excedem os limites (auto-impostos) do positivismo jurídico epistemológico. Por exemplo, nada impede que um juspositivista – paralelamente à sua teoria descritivamente neutra do direito – desenvolva uma teoria prescritiva da argumentação jurídica visando fornecer um instrumental teórico que seja capaz de orientar os magistrados no processo de

calçada, sobretudo, nas interações intersubjetivas (relação sujeito-sujeito) e na concepção antropológica de ser humano como *self-interpreting animal*. (ii) “no tocante à *decisão judicial*, sustenta que o magistrado, em razão da natureza interpretativa do direito - fusão teórica entre validade jurídica e decisão judicial - possui responsabilidade política de respeitar o 'DNA' (integridade, coerência, consistência) do sistema jurídico, de modo a demonstrar, mesmo nos casos não regulados por preceitos densos (rejeição da distinção entre casos fáceis e casos difíceis), que seu raciocínio assenta-se em princípios comunitariamente compartilhados, obedece ao grau mínimo de sentido presente no texto (inexistência de grau-zero hermenêutico) e observa o direito fundamental do jurisdicionado à obtenção de respostas constitucionalmente adequadas”. (TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei**... Op.Cit. p. 100,101).

⁵⁷⁶TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei**... Op.Cit. p. 101.

⁵⁷⁷STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed.rev.mod.ampl.São Paulo: Saraiva, 2014. p.47.

⁵⁷⁸GREEN, Leslie. verbete “Legal Positivism”... Op.Cit.p.1.

adjudicação do direito, especialmente nos casos complexos. É o que parecem fazer Neil MacCormick em *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978)⁵⁷⁹ e Frederick Schauer em *Playing by the Rules* (1991),⁵⁸⁰ desenvolvendo considerações normativas sobre como se deve raciocinar juridicamente (atividade não-descritiva), sem rejeitar tanto um conceito positivista de direito (teses ontológicas) quanto uma prévia descrição do direito positivo (tese epistemológica) como ponto de partida de tal atividade.

Em suma, podemos concluir que, ao trazer a expressão “pós-positivismo” para o Brasil, Bonavides a ressignifica com a finalidade de denotar um conjunto de teorias antipositivistas (v.g. que negam as teses ontológicas do positivismo jurídico) que promovem um principiologismo axiológico. Entendendo o *neoconstitucionalismo* como um termo que designa um determinado *conjunto de teorias* jusmoralistas do direito que se pretendem superadoras das teorias que compõem o positivismo jurídico e entendendo que o sintagma “pós-positivismo” pode ser compreendido em dois sentidos distintos e excludentes entre si, conclui-se que: (a) o *neoconstitucionalismo* é equivalente ao “pós-positivismo” em sentido forte; (b) o positivismo jurídico epistemológico é plenamente compatível com o “pós-positivismo” em sentido fraco (atividade pós-descritiva e não neutra que, por sua vez, não nega as teses ontológicas do positivismo jurídico).

Portanto, é possível afirmar que o foco de análise do presente capítulo deste trabalho é constituído pela investigação dos argumentos sustentados pelo “pós-positivismo” em sentido forte (neoconstitucionalismo) para afirmar a superação do positivismo jurídico como corrente jusfilosófica. Todavia, antes de adentrarmos propriamente na análise do mérito de tais argumentos, é preciso aclarar adicionalmente o sentido específico da própria tese neoconstitucionalista, que afirma não apenas ter ocorrido uma *superação* do juspositivismo, mas sim uma “*superação paradigmática*” do positivismo jurídico.

⁵⁷⁹ MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978. O próprio autor concebe sua obra como uma espécie de teoria da argumentação complementar à teoria descritiva de Hart, com ela compatível. Ainda que o próprio MacCormick prefira denominar sua teoria de “pós-positivista” em seu estágio maduro, ressaltamos novamente que Vittorio Villa conclui que, ao menos do ponto de vista metodológico, seu pensamento ainda pode ser colocado no campo do positivismo jurídico (epistemológico). Ver: VILLA, Vittorio. “Neil MacCormick's legal positivism”. In: BANKOWSKI, Zenon; DEL MAR, Maksymilian. **Law as Institutional Normative Order**. Farnham: Ashgate, 2006.

⁵⁸⁰ SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision making in law and in life**. Oxford: Oxford Unisity Press, 1991.

4.3 SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO: UMA QUESTÃO PARADIGMÁTICA?

O discurso *neoconstitucionalista* (ou do “pós-positivismo” em sentido forte, como vimos no tópico anterior) é uníssono em afirmar a superação do positivismo jurídico como teoria do direito (ou como paradigma teórico), em especial, no contexto do Estado Constitucional. Os autores *neoconstitucionalistas* costumam se valer do termo “paradigma” para se referir às correntes jusfilosóficas (jusnaturalismo; juspositivismo, neoconstitucionalismo) e afirmam que, após a II Guerra Mundial, teria ocorrido a *superação* do “paradigma” juspositivista ou a “superação paradigmática” do positivismo jurídico. Em que pese o termo “paradigma” possuir o sentido coloquial de “modelo” ou “padrão” na linguagem natural, na doutrina jurídica brasileira a noção parece ter sido apropriada no sentido técnico da expressão como referência à noção de “paradigma” desenvolvida inicialmente pelo filósofo da ciência Thomas Kuhn (1922-1996). Para se falar da superação paradigmática do positivismo jurídico, o “pós-positivismo” brasileiro (em sentido forte) procura aplicar a expressão “paradigma” ao campo jurídico geralmente por meio de duas acepções do termo: (i) como “paradigma científico”, a partir do sentido proposto inicialmente por Thomas Kuhn; (ii) como “paradigma filosófico”, especialmente a partir do uso que Jürgen Habermas faz do vocábulo para analisar a história da filosofia.

No âmbito da teoria jurídica brasileira observamos que: (a) a vertente idealista do “pós-positivismo” em sentido forte sustenta uma superação do positivismo jurídico valendo-se da noção de “paradigma” científico desenvolvida por Kuhn; (b) enquanto a vertente hermenêutica do “pós-positivismo” em sentido forte sustenta uma superação do juspositivismo a partir da noção de “paradigma” filosófico, como apontado por Habermas. No presente tópico verificaremos os problemas envolvidos na apropriação de tal conceito para se falar em uma “superação paradigmática” do positivismo jurídico epistemológico.

Thomas Kuhn desenvolve o conceito de “paradigma” em sua obra *A Estrutura das Revoluções Científicas* (1962)⁵⁸¹ para explicar o progresso do conhecimento científico, em especial, na área das ciências naturais. Por “paradigmas” o filósofo entende “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.⁵⁸² De modo muito simplificado, podemos dizer que o desenvolvimento do conhecimento científico segundo o entendimento Kuhn se inicia com uma fase pré-paradigmática (marcada pelo desacordo entre as diversas concepções que visam explicar fenômenos relacionados ao ramo do saber em questão), evoluindo-se, posteriormente, para o que ele denomina de “ciência normal” (a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas, ou seja, em um *background* comum), até o momento em que se chega a um período de “crise paradigmática” e, conseqüentemente, a uma fase de “ciência extraordinária” e de “revolução científica”, quando é estabelecido um novo paradigma.⁵⁸³

Segundo o discurso *neoconstitucionalista*, o positivismo jurídico teria sido o “paradigma” jurídico vigente desde as revoluções burguesas até o fim da II Guerra Mundial, quando começou a entrar em “crise” diante do uso instrumental da legalidade institucional por parte dos regimes totalitários para o cometimento de atrocidades, sendo substituído pelo “paradigma neoconstitucionalista” após o advento do *Estado Constitucional* (promulgação de novas constituições garantistas que contém um extenso rol de direitos em seu texto normativo, expansão da atividade jurisdicional, etc. – ou seja, a constatação de alterações significativas no âmbito do fenômeno jurídico/direito positivo) e do *neoconstitucionalismo* (surgimento de teorias antipositivistas que enfatizam a conexão necessária entre direito e moral por meio de princípios, em especial, Ronald Dworkin e Robert Alexy). A crise do paradigma juspositivista resultaria em uma revolução científica que teria estabelecido um novo paradigma jurídico: o *neoconstitucionalismo* (entendido aqui especificamente no sentido da doutrina brasileira, enquanto conjugação de instituições e teorias). Pretendemos demonstrar nas próximas linhas que o uso do conceito kuhniano de

⁵⁸¹ KUHN, Thomas. **The Structure of Scientific Revolutions**. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

⁵⁸² KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5ª ed. São Paulo Perspectiva, 1998. p.13. Cf. KUHN, Thomas. “The paradigm concept”. In: **Science**. n. 172, 1971. p. 706-709.

⁵⁸³ KUHN, Thomas. **A Estrutura...** Op.Cit. p. 93 e ss.

“paradigma” feito pelo pós-positivismo em sentido forte em sua vertente idealista é meramente retórico e altamente problemático em razão de uma série de motivos.

Um primeiro problema a ser enfrentado pelos neoconstitucionalistas é o fato de que Kuhn desenvolve o conceito de “paradigma” a partir do desenvolvimento das ciências naturais e o aplica para explicar a evolução do conhecimento especificamente nesse ramo científico.⁵⁸⁴ Utilizá-lo de modo diverso para explicar o desenvolvimento científico das ciências sociais é altamente questionável.⁵⁸⁵ A vigência de um paradigma científico indica a existência de um acordo geral entre os cientistas que compõem a comunidade científica de determinada área acerca de questões centrais para o conhecimento do referido campo de investigações, tais como: o que significa tal ciência, o que ela de fato investiga, qual é o seu método de pesquisa e quais as técnicas de investigação são consideradas válidas nesse campo cognitivo, qual é o seu objeto de conhecimento, etc. Significa a existência de uma teoria geral bem articulada e amplamente aceita pela respectiva comunidade científica.

Segundo o próprio Kuhn, trata-se de “uma propriedade que nenhuma ciência possui de início e que poucas das ciências sociais, se é que alguma, possuem atualmente”.⁵⁸⁶ No desenvolvimento de seu estudo, o próprio filósofo afirma que ficou “especialmente impressionado com o número e a extensão dos desacordos expressos existentes entre os cientistas sociais no que diz respeito à natureza dos métodos e problemas científicos legítimos”.⁵⁸⁷ Haver um “paradigma” científico em vigor indica que os cientistas “sentem que o modelo que usam é inteiramente seguro” e, segundo afirma o próprio Kuhn, “[n]ão há nada que se assemelhe nas artes, e os paralelos nas ciências sociais são, no melhor dos casos, parciais”.⁵⁸⁸

⁵⁸⁴Cf. KUHN, Thomas. **A Estrutura...** Op.Cit.; KUHN, Thomas [1961] **A Função do Dogma Na Investigação Científica**. Trad. Jorge Dias de Deus. Curitiba: UFPR-SCHLA, 2012.

⁵⁸⁵Ver: ASSIS, Jesus de Paula. “Kuhn e as ciências sociais” In: **Estudos Avançados**. vol.7 no.19 São Paulo Sept./Dec. 1993. pp.133-164. Ressaltamos a seguinte parte: “Cabe então perguntar por que motivo terá sido a ERC usada em sentido tão diverso do pretendido por seu autor. Por que teriam epistemólogos das ciências sociais preferido usar a ERC como uma espécie de cartilha do caçador de paradigmas amador? Por que os cientistas sociais, que possuem um campo de pesquisa razoavelmente bem definido e estruturado, fundado teoricamente desde meados do século XIX, passam a aplicar o modelo de Kuhn – ou, pelo menos, o vocabulário emprestado de Kuhn – em seus textos? Um fator a dar projeção especial à obra de Kuhn é sua contraposição a Popper. Outro: dada a posição de prestígio que a ciência ocupa na sociedade atual, a necessidade aparente que as ciências sociais têm de se mostrar científicas faz com que autores para os quais essa preocupação é mais premente usem Kuhn como seu principal apoio argumentativo”. (ASSIS, Jesus de Paula. “Kuhn e as ciências sociais” Op.Cit. p.147).

⁵⁸⁶KUHN, Thomas. **A Função do Dogma na...** Op.Cit. p.35.

⁵⁸⁷KUHN, Thomas. **A Estrutura...** Op.Cit. p.12, 13.

⁵⁸⁸KUHN, Thomas. **A Função do Dogma na...** Op.Cit. p.30. Para o autor: “Ser baseada quase exclusivamente em manuais não é tudo o que diferencia a educação científica. Os estudantes de outras

Para o autor, diferentemente do que ocorre com as ciências naturais, “nas artes, nas humanidades, e em várias ciências sociais tal visão menos doutrinária é adotada com frequência em relação aos efeitos clássicos do passado”,⁵⁸⁹ o que significa que – diferentemente do que ocorre nas ciências naturais – nas ciências sociais a discussão de conceitos basilares e fundamentais propostos pelos autores clássicos parece ser constante. De fato, na verdade, “as supostas aplicações do modelo kuhniano às ciências sociais se baseiam em [uma] leitura que não encontra qualquer apoio no autor e, principalmente, obscurecem as implicações mais amplas de sua obra”.⁵⁹⁰ Conforme Álvaro Ricardo de Souza Cruz, “[t]rabalhar com paradigmas tornou-se uma panacéia que conduz a disparates e a conclusões inadmissíveis, caso o conceito e os problemas enfrentados por Kuhn fossem mais explicitados”.⁵⁹¹

O segundo problema a ser enfrentado por aqueles que querem aplicá-lo ao campo jurídico é que a noção kuhniana de “paradigma” se aplica ao conhecimento científico (metalinguagem) e não propriamente ao fenômeno a ser conhecido e descrito pela ciência (linguagem-objeto). Assim, uma “mudança de paradigma” por meio de uma “revolução científica” só poderia ocorrer, obviamente, no campo científico (alteração do método científico ou da compreensão do objeto cognoscível, por exemplo) e nunca no âmbito do fenômeno a ser descrito pelo cientista. Acrescente-se a isso o fato de que o “pós-positivismo” forte usa o termo “direito” de forma indiscriminada para se referir tanto ao *direito positivo* (fenômeno jurídico) quanto aos *discursos sobre o direito positivo* (ciência do direito e teoria do direito). O resultado

áreas são, ao fim e ao cabo, também expostos à ação de tais livros, embora raramente depois do segundo ano de universidade, e mesmo nos primeiros anos, não de uma forma tão exclusiva. Mas, enquanto que, nas ciências, se há manuais diferentes é porque expõem assuntos diferentes, nas humanidades e em várias ciências sociais, há manuais que apresentam diferentes tratamentos para uma mesma problemática. Mesmo livros que estão em concorrência para ser adotados em um mesmo curso científico diferem, sobretudo, só no nível de apresentação e nos pormenores pedagógicos e não no conteúdo ou no conjunto das ideias. É com dificuldade que se pode imaginar um físico ou um químico afirmar que foi obrigado a começar a educação dos seus alunos de terceiro ano quase a partir de primeiros princípios porque a exposição prévia do assunto a que eles tinham sido submetidos se fizera por livros que violavam consistentemente a ideia que ele tinha da disciplina. Observações desse tipo não são, pelo contrário, pouco usuais em várias ciências sociais. Aparente - mente os cientistas estão de acordo sobre o que é que cada estudante deve saber da matéria. Essa é a razão que explica por que, na preparação de um currículo pré-profissional, eles podem usar manuais em vez de uma combinação eclética de originais de investigação”. (KUHN, Thomas. **A Função do Dogma na...** Op.Cit. p.27).

⁵⁸⁹KUHN, Thomas. **A Função do Dogma na...** Op.Cit. p.40.

⁵⁹⁰ASSIS, Jesus de Paula. “Kuhn e as ciências sociais” Op.Cit. p.164.

⁵⁹¹CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Discurso Científico na Modernidade**: o conceito de paradigma é aplicável ao direito? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 221. Todavia, o entendimento sustentado na obra é em sentido contrário ao aqui defendido, ou seja, de que o conceito de paradigma seria aplicável às ciências sociais e, particularmente, ao direito.

não deixa de ser absurdo: o positivismo jurídico epistemológico (supostamente um paradigma científico) teria sido superado em razão do advento do Estado Constitucional, com a positivação dos direitos humanos nas Constituições do pós-guerra (alteração no fenômeno jurídico)! Ressalte-se: um paradigma científico (teoria geral bem articulada e amplamente aceita que funciona como *background* do trabalho científico) em “crise” só poderia ser “superado” (*rectius*, substituído) por outro paradigma científico superveniente e não por alterações ocorridas no âmbito do fenômeno tomado como objeto de conhecimento.

Na literatura jurídica brasileira há uma clara aplicação imprópria da noção khuniana de “paradigma” para se referir às transformações no âmbito do direito positivo (linguagem-objeto) e não especificamente às transformações ocorridas no âmbito teórico-doutrinário (metalinguagem). Daí ser comum na doutrina jurídica falar em uma “mudança de paradigma” quando temos na verdade apenas alterações no âmbito do direito positivo em razão, por exemplo, da substituição de um diploma normativo por outro, tal como a promulgação de um novo Código ou de uma nova Constituição. Trata-se de um uso completamente equivocado da noção de “paradigma”, ao menos em seu sentido técnico.

A partir dessa linha de entendimento, supondo que o positivismo jurídico epistemológico possa ser considerado um paradigma científico no sentido proposto por Kuhn, ele poderia ser considerado inapropriado ou ineficaz para lidar (conhecer e descrever) com seu objeto (v.g. o direito positivo típico de um Estado Constitucional, por exemplo) em razão de supostas inadequações teóricas em seu interior, podendo ser compreendido como um “paradigma” científico em “crise” por tal motivo. Entretanto, nunca poderia ser considerada aceitável a afirmação de que o “paradigma” do positivismo jurídico epistemológico teria sido superado em razão da promulgação de Constituições que positivam valores como princípios em seu texto normativo no período do pós-guerra. Se assumirmos que o positivismo jurídico epistemológico é um paradigma científico e que ele é um paradigma científico “em crise”, ele poderia ser “superado” apenas e tão somente pela superveniência de um novo paradigma científico (nesse caso, pelas *teorias neoconstitucionalistas*) e nunca por alterações no fenômeno que constitui o objeto de sua descrição (v.g. advento do Estado Constitucional).⁵⁹²

⁵⁹²Com muita caridade hermenêutica, Sérgio Nojiri faz uma (re)leitura da tese neoconstitucionalista da superação, em sua melhor luz, a partir das noções de Kuhn do seguinte modo: “A utilização, pelos

Assim sendo, é fundamental indagarmos: o positivismo jurídico epistemológico (em qualquer uma de suas vertentes teóricas) era realmente o paradigma científico vigente (teoria geral bem articulada e amplamente aceita) no âmbito do conhecimento jurídico brasileiro de modo a proporcionar a estabilidade investigativa típica de uma “ciência normal” aos juristas, em especial no período anterior ao da promulgação da Constituição de 1988? De modo direto, a resposta é: não. Um breve e simples perpassar pela história do pensamento jusfilosófico brasileiro⁵⁹³ demonstrará que nunca houve um acordo geral na comunidade jurídico-científica capaz de estabelecer de modo indisputável as questões fundamentais e necessárias para o reconhecimento do que Kuhn denomina “ciência normal” (o que é a ciência do direito, qual é o método da ciência do direito; qual é o objeto da ciência do direito, etc.).⁵⁹⁴

Supondo que a noção kuhniana de “paradigma” possa ser utilizada com sucesso para explicar a evolução das ciências sociais, aplicando os conceitos de Kuhn ao modo como o conhecimento jurídico foi historicamente produzido na doutrina brasileira, teríamos de reconhecer que estamos ainda numa fase “pré-

neoconstitucionalistas, da expressão ‘superação do paradigma positivista’ é bem clara e não deixa margem a dúvidas. Na estrutura das revoluções científicas, em sua versão neoconstitucional, havia no direito brasileiro, em um passado próximo, um paradigma positivista, modelo de uma ciência normal. Esse paradigma, no entanto, durou somente até o final da segunda Guerra Mundial. A partir daí, surgiram as constituições modernas, repletas de princípios, criando uma crise nesse antigo paradigma, que se mostrou incapaz de resolver os problemas que lhe foram colocados pelas constituições modernas. Esse processo foi se arrastando até esse modelo positivista tornar-se obsoleto e ser trocado por um novo, incompatível com o anterior e que explica melhor a nova realidade. Durante essa mudança de paradigma é que surge a última revolução científica no campo do direito: o neoconstitucionalismo. [...] Segundo essa afirmação, o positivismo jurídico foi a ciência normal que serviu de paradigma ao direito brasileiro e que após uma revolução científica foi derrubado e substituído por um novo paradigma. (NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus Democracia**: um olhar positivista. Curitiba: Juruá, 2012. p.121, 122).

⁵⁹³Apesar da carência de obras abordando o desenvolvimento histórico da filosofia do direito no Brasil – e tal conhecimento é fundamental para se avaliar a (in)existência de uma epistemologia dominante no âmbito pensamento jurídico brasileiro –, recomendamos as seguintes obras: MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Historia das Ideias Jurídicas no Brasil**. São Paulo: Grijalbo, 1969; MACHADO NETO, Antonio Luiz. “A filosofia do Direito no Brasil”. In: CRIPPA, Adolpho (coord.). **As ideias filosóficas no Brasil**: século XX, parte II. São Paulo: Convívio, 1978, p. 11-37; MENDES, Antônio Celso. **Filosofia Jurídica no Brasil**. São Paulo: Ibrasa, 1992; NADER, Paulo. “A filosofia do direito no Brasil” In: NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 309-354; CORREAS, Carlos I. Massini. “20th-Century Natural Law Theory in Brazil”. In: PATTARO, Enrico (Ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Tome 2. Netherlands: Springer, 2016. pp. 167-169; MACEDO JR, Ronaldo; PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. “Chapter 27 - Philosophy of Law in Brazil in the 20th Century” In: PATTARO, Enrico (Ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Tome 1. Netherlands: Springer, 2016. pp. 839-862.

⁵⁹⁴KUHN, Thomas. **A Estrutura...** Op.Cit. pp.29-66.

paradigmática”⁵⁹⁵ em que se verifica a (co)existência de vários modelos epistemológicos de ciência do direito na comunidade científica disputando entre si no intuito de alcançar a hegemonia (quiçá, utópica no âmbito do saber jurídico) de um paradigma.⁵⁹⁶ Não há qualquer relato de que em algum momento histórico da Modernidade jurídica tenha ocorrido de fato a vigência de um “paradigma” científico no âmbito do conhecimento jurídico brasileiro (ao menos não no sentido delineado por Kuhn), e certamente não houve um “paradigma” científico vigente nas décadas anteriores à promulgação da Constituição de 1988, muito menos a adoção generalizada de alguma das teorias do direito que compõem a perspectiva do positivismo jurídico epistemológico pelos juristas brasileiros.

Na verdade, é imperioso reconhecer que o positivismo jurídico epistemológico nunca gozou de boa-fama na doutrina jurídica brasileira. Um exemplo claro desse fato é o modo como a teoria pura do direito foi e continua sendo erroneamente explicada como uma concepção teórica que apresentaria a imagem de um intérprete judicial como um aplicador mecânico do direito positivo, operando tal aplicação por meio de uma dedução lógica moral e politicamente neutra.⁵⁹⁷ Hans Kelsen é um autor amplamente mencionado (de modo caricato, registre-se) pela doutrina brasileira e, mesmo assim, continua completamente desconhecido pela quase totalidade dos juristas brasileiros.

⁵⁹⁵Acerca do estágio “pré-paradigmático” anterior à consolidação da ciência normal, Kuhn afirma: “Não é de admirar que nos primeiros estágios do desenvolvimento de qualquer ciência, homens diferentes confrontados com a mesma gama de fenômenos – mas em geral não com os mesmos fenômenos particulares – os descrevam e interpretem de maneiras diversas. É surpreendente (e talvez também único, dada a proporção em que ocorrem) que tais divergências iniciais possam em grande parte desaparecer nas áreas que chamamos ciência. As divergências realmente desaparecem .. em grau considerável e então, aparentemente, de uma vez por todas. Além disso, em geral seu desaparecimento é causado pelo triunfo de uma das escolas pré-paradigmáticas, [...]”. (KUHN, Thomas. **A Estrutura...** Op.Cit. p.37).

⁵⁹⁶Sobre o desacordo metodológico geral entre os juristas e a existência de vários modelos epistemológicos concorrentes no campo do saber jurídico, ver: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1986; NINO, Carlos Santiago. [1979] **Algunos Modelos Metodológicos de “Ciencia” Jurídica**: Fontamara: México,D.F.,1999; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (Coord.). **Modelando la Ciencia Jurídica**. Lima: Palestra, 2014; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. “Five models of legal science”. In: **Revus**, n. 19, 2013. pp. 2-23. NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. Verbete “Ciencia Jurídica” In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (Eds.). **Enciclopedia de Filosofia y Teoría del Derecho**. Vol.1. México.D.F: UNAM, 2015. p.601-631.

⁵⁹⁷Já apontávamos isso em: RODRIGUES, Renê C. “O Quarto Kelsen – a propósito do imaginário jurídico ainda presente”. In: **Caderno de Resumos**: IX Encontro Científico Brasileiro de Direito Constitucional e Cidadania. Londrina: IDCC, 2012. v. 4. p. 331-336.

Digno de nota, também, é que a principal obra H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961), somente veio a ser publicada no Brasil em 2009,⁵⁹⁸ ou seja, uma obra considerada “por toda a doutrina jurídico-filosófica de todo o mundo como uma das mais importantes, senão a maior de todas as obras de teoria do direito escrita em língua inglesa, foi literalmente ignorada no nosso país por 48 anos!”.⁵⁹⁹ A clássica obra *Normative Systems* (1971) de Alchourrón e Bulygin continua sem tradução para o português e é praticamente desconhecida dos juristas brasileiros, inclusive por aqueles que estudam teoria do direito no âmbito nacional.⁶⁰⁰ Em suma, se folhearmos os livros de doutrina jurídica no Brasil, constataremos sem maiores dificuldades que o discurso padrão nunca foi o de adesão às teorias jurídicas que compõem o juspositivismo epistemológico (desenvolvidas por Hart, Kelsen e Ross, por exemplo), mas, sim, o inverso: predomina a crítica aberta e a oposição frontal a tais teorias.⁶⁰¹

Portanto, como afirma Sérgio Nojiri, “o positivismo jurídico jamais serviu de paradigma para a teoria e muito menos para a prática do direito” no Brasil.⁶⁰² A partir das considerações de Nojiri, é possível afirmar que: a) o positivismo jurídico epistemológico nunca foi o paradigma científico do direito no âmbito do conhecimento jurídico brasileiro; b) não ocorreu uma mudança de “paradigma paradigmas” no conhecimento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e sim a importação de teorias antipositivistas estrangeiras, teorias estas que passaram a contar com ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial; c) nos países em que o

⁵⁹⁸ HART, H.L.A. [1961] **The Concept of Law**. 2ªed. Oxford: Clarendon Press, 1994; HART, H.L.A. [1961] **O Conceito de Direito**. 2ª ed. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁵⁹⁹ NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus...**Op.Cit. p.123.

⁶⁰⁰ ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. **Normative Systems...**Op.cit.

⁶⁰¹ Conforme Sérgio Nojiri: “O discurso padrão, ciência normal, na terminologia de Thomas Kuhn, nunca foi o do positivismo, mas de uma crítica a ele. Se folhear-mos os livros sobre teoria do direito escritos no país e prestarmos atenção naquilo que dizem os professores de direito em nossas faculdades, encontraremos um número muito superior de palavras de rejeição do que de aceitação do pensamento positivista kelseniano”. (NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus...**Op.Cit. p.123). Antes mesmo do surgimento do discurso neoconstitucionalista no Brasil, o positivismo jurídico era duramente rejeitado. Nesse sentido, seguem as palavras de Dalmo de Abreu Dallari (também mencionado por Nojiri): “Para os adeptos dessa linha de pensamento o direito se restringe ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado, seja qual for seu conteúdo, resumindo-se nisso o chamado positivismo jurídico que tem sido praticar/o em vários países europeus e em toda a América Latina. Desse modo a procura do justo foi eliminada e o que sobrou foi um apanhado de normas técnicas-formais, que, sob a aparência de rigor científico, reduzem o direito a uma superficialidade mesquinha. Essa concepção do direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiado e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juízes”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.83).

⁶⁰²NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus...**Op.Cit. p.121.

positivismo jurídico epistemológico se desenvolveu, ele continua ocupando “um importante papel (em alguns casos o principal) no desenvolvimento de uma teoria geral do direito”.⁶⁰³ Esses são os problemas que tornam falsa a afirmação do pós-positivismo (forte) idealista de superação “paradigmática” (no sentido de Kuhn) do positivismo jurídico epistemológico como teoria do direito no âmbito do Estado Constitucional. Todavia, existe ainda outra acepção técnica para o termo “paradigma” no discurso jusmoralista nacional contra o juspositivismo.

O filósofo alemão Jürgen Habermas (1929 –) afirma que “tornou-se costume aplicar à história da filosofia o conceito de ‘paradigma’, oriundo da história da ciência, e dividir as épocas históricas com o auxílio de ‘ser’, ‘consciência’ e ‘linguagem’”.⁶⁰⁴ Desse modo, na história da filosofia temos: (i) um *paradigma metafísico-ontológico* fundado no “ser”, tendo em vista que apesar “de todas as diferenças entre Platão e Aristóteles, a totalidade do pensamento metafísico obedece a Parmênides e toma como ponto de partida a questão do ser do ente – o que o torna ontológico”, havendo uma “relação íntima entre o pensamento abstrativo e seu produto, o ser”;⁶⁰⁵ (ii) um *paradigma da filosofia da consciência*, que surge na Modernidade com o *Cogito* de Descartes, no qual os problemas filosóficos serão propostos a partir da noção de *consciência* do sujeito que conhece e age: ao “invés de debruçar-se sobre o mundo dos acontecimentos e das coisas contingentes, a fim de se auto-conhecer”, o filósofo – na qualidade de sujeito – “deveria retornar à sua subjetividade configuradora do mundo e torná-la como o horizonte normativo da auto-interpretação”;⁶⁰⁶ (iii) por fim, há um paradigma da *filosofia da linguagem* que surge de um giro linguístico-pragmático realizado após o esgotamento da *filosofia da consciência*, consolidando-se na segunda metade do século XX em razão das contribuições de Heidegger e do “segundo” Wittgenstein.⁶⁰⁷ Nesse paradigma, “os sinais lingüísticos, que serviam apenas como instrumento e equipamento das representações, adquirem, como reino intermediário dos significados lingüísticos, uma dignidade própria”,⁶⁰⁸ ou seja, “a

⁶⁰³NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus...** Op.Cit. p.122.

⁶⁰⁴HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico**: estudos filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1990. p.21,22.

⁶⁰⁵HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico**....Op.Cit. p.39.

⁶⁰⁶HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico**....Op.Cit. p.20.

⁶⁰⁷ Cf. RORTY, Richard. **The Linguistic Turn**: essays in philosophical method. Chicago: University of Chicago Press, 1992; e OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

⁶⁰⁸HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico**....Op.Cit. p.15.

linguagem passa de condição de objeto da reflexão para a *condição de fundamento* de todo o pensar”.⁶⁰⁹

O primeiro estudo acadêmico aplicando essa noção de paradigmas filosóficos ao campo do direito no Brasil parece ter sido elaborado por Celso Ludwig em sua dissertação de mestrado (UFPR, 1993),⁶¹⁰ posteriormente publicada como livro, intitulado *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo* (2006).⁶¹¹ Em seu estudo, Ludwig expõe esquematicamente as manifestações paradigmáticas no desenvolvimento histórico da filosofia e aponta como o direito é concebido em cada um dos paradigmas (“ontológico”, do “sujeito” e da “linguagem”), privilegiando “aspectos que revelam o tema da unidade e multiplicidade na realidade”, ou seja, “o uno na condição de fundamento da origem da totalidade” – sendo esta categoria (v.g. *totalidade*), a lógica dominante por detrás dos diferentes paradigmas, segundo o entendimento do autor.⁶¹²

Todavia, a partir das contribuições de Enrique Dussel, Ludwig vai além da mera aplicação da noção de paradigma filosófico ao direito e sustenta a necessidade de uma ruptura teórica que seria possibilitada pelo que denomina de *método analético* e, com a retomada da noção de marxiana de *exterioridade* vista sob a perspectiva da *filosofia da libertação*, propõe uma nova categoria paradigmática: o *paradigma da vida concreta*,⁶¹³ que no âmbito jurídico poderia ser vislumbrado na busca de emancipação dos socialmente excluídos, promovida, por exemplo, pela *teoria crítica do direito* e pelo *direito alternativo*. Porém, o que nos interessa assinalar aqui é meramente o fato de que a ideia de aplicação de paradigmas filosóficos ao âmbito jurídico antecede ao surgimento dos discursos pós-positivistas na literatura jurídica brasileira.

A vertente hermenêutica do “pós-positivismo” forte se fundamenta justamente nessa acepção do termo “paradigma” para sustentar a afirmação de “superação paradigmática” do positivismo jurídico epistemológico. Nesse sentido, afirma-se que as teorias juspositivistas “permanecem estagnadas no último estágio pré-filosofia da

⁶⁰⁹LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 93.

⁶¹⁰LUDWIG, Celso Luiz. **A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação: uma leitura a partir da filosofia de Henrique Dussel**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, 1993.

⁶¹¹LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia...** Op.cit.

⁶¹²LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia...** Op.cit. p.126,155.

⁶¹³LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia...** Op.cit. p. 27.

linguagem, isto é, [em que] a subjetividade [é] dona dos sentidos”⁶¹⁴ e que tal estagnação resultaria na “incompatibilidade paradigmática entre o Constitucionalismo Contemporâneo (compromissório, principiológico e dirigente) com o positivismo jurídico nas suas mais variadas formas”.⁶¹⁵

Como a teoria pura do direito de Hans Kelsen teria sido construída com fundamento no positivismo-lógico do Circulo de Viena, restaria mais do que provado o pertencimento do juspositivismo epistemológico ao paradigma da consciência. Para a vertente hermenêutica, a sustentação das teses das fontes sociais, da separabilidade entre direito e moral e da discricionariedade judicial pelas teorias juspositivistas demonstraria que o fundamento filosófico do positivismo jurídico se situaria no *paradigma da consciência*, estando atrelado ao esquema sujeito-objeto.⁶¹⁶ Segundo tal perspectiva, a tarefa de uma teoria do direito não deveria ser propriamente fornecer um instrumental conceitual para se conhecer o direito, mas seria uma dupla tarefa de engajamento político, de modo a propiciar (i) “a concretização de direitos” e (ii) “evitar decisionismos, arbitrariedades e discricionariedades” interpretativas.⁶¹⁷ De algum modo, segundo o pós-positivismo hermenêutico, a recepção do *paradigma da linguagem* no âmbito jurídico (possibilitado especificamente por essa vertente, afirmam) teria proporcionado a

⁶¹⁴STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**...Op.Cit.p.293, nota de rodapé. Todavia, essa crítica paradigmática ao positivismo jurídico já se encontrava em Ludwig: “A expressão do direito, hegemonicamente na configuração do positivismo jurídico, enquadra-se e até se justifica precisamente na moldura paradigmática da consciência e a partir dela. A superação de tal paradigma pelo paradigma do agir comunicativo exige, também, nova compreensão do direito, principalmente na sua relação com a moral”. (LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia**...Op.cit. p.122).

⁶¹⁵“Qualquer postura que, de algum modo, enquadre-se nas características ou teses que sustentam o positivismo entra em linha de colisão com esse (novo) tipo de constitucionalismo”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**...Op.Cit.p.75).

⁶¹⁶STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**...Op.Cit.p.239.

⁶¹⁷STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**...Op.Cit.p.79. Nesse sentido: “Trata-se, pois, de entender que, se o primeiro problema metodológico tem uma resposta a partir da superação do paradigma da subjetividade, em que não mais cindimos interpretação de aplicação, o segundo parece bem mais difícil de resolver. Isto é, como evitar decisionismos, ativismos etc. e alcançar uma resposta correta em cada caso. Este é o cerne da discussão hermenêutica, pois. Assim, se o positivismo está ligado à discricionariedade, possibilitando, desse modo, múltiplas respostas, e se a dogmática jurídica (predominante no Brasil) continua refratária ao Constitucionalismo Contemporâneo e, de sua aderência paradigmática que alça a intersubjetividade ao lugar de condição de possibilidade, parece razoável afirmar que essa “delegação em favor do juízo discricionário” (e, conseqüentemente, em favor das múltiplas respostas) não será contida ou resolvida através de regras e metarreglas que, cada vez mais, contenham a “solução-prévia-das-várias-hipóteses-de-aplicação”: E não será assim pela singela razão de que a discricionariedade (que é um passo para a arbitrariedade, como veremos na sequência) é exatamente produto daquilo que proporcionou a sua institucionalização: o positivismo jurídico e suas diversas facetas, que sempre abstraíram a situação concreta no ato de aplicação”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**...Op.Cit.p.79).

“superação das concepções positivistas (marcadamente semanticistas) a partir da ‘reinserção da moral no direito’” por meio dos princípios.⁶¹⁸

As afirmações de que Hans Kelsen teria sido filiado ao Círculo de Viena ou de que as bases filosóficas de sua teoria pura do direito residem no empirismo lógico, feitas pelo pós-positivismo hermenêutico, são altamente questionáveis.⁶¹⁹ Entretanto, mesmo que reconheçêssemos a filiação da teoria pura do direito ao paradigma filosófico da consciência ou mesmo que assumíssemos que todas as teorias do direito que compuseram o juspositivismo epistemológico até o presente momento de fato encontram-se filiadas ao paradigma da filosofia da consciência, isto não inviabilizaria – por si só – a construção de uma teoria do direito fundamentada em alguma filosofia do paradigma da linguagem que assumisse as teses mínimas do juspositivismo epistemológico.⁶²⁰

Em outros termos, não há nada nas teses fundamentais que compõem o conteúdo mínimo do positivismo jurídico epistemológico que o relacione, necessariamente, ao paradigma da filosofia da consciência.⁶²¹ Na verdade, a vertente hermenêutica do “pós-positivismo” forte, sorrateira e oportunamente esquece-se de que todo o empreendimento teórico de Hart é fundamentado na filosofia da linguagem ordinária, tendo sido muito influenciado pela filosofia do “segundo” Wittgenstein (*Investigações Filosóficas*)⁶²² e por alguns de seus principais discípulos, como

⁶¹⁸STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**...Op.Cit.p.79.

⁶¹⁹Apesar de parecer natural ligar o juspositivismo de Kelsen ao neopositivismo lógico do Círculo de Viena, Jabloner cita o excerto de uma carta que o próprio Kelsen escreveu a Henk L. Mulder em 5 de maio de 1963: “Em resposta à sua carta de 31 de março, gostaria de lhe informar que eu não pertencia ao chamado ‘Círculo de Viena’, no sentido mais estrito da palavra. Eu tive contatos pessoais com este círculo através do meu conhecimento com o Prof. Schlick, o Dr. Otto Neurath, o Prof. Philipp Frank e o Prof. Victor Kraft. O que me conectou à filosofia deste círculo – sem ser influenciado por ele – foi o seu impulso antimetafísico. Desde o início, rejeitei a filosofia moral deste círculo – como é formulado em *Issues of Ethics* de Schlick. No entanto, os escritos de Philipp Frank e Hans Reichenbach sobre a causalidade influenciaram a minha visão desta questão. O periódico ‘*Erkenntnis*’ publicou o meu ensaio ‘*Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip*’ em seu 8º volume e um ensaio intitulado “Causalidade e retribuição” em seu 9º volume.” KELSEN, Hans. *Apud*: JABLONER, Clemens. “Kelsen and his Circle: The Viennese Years”. *In*: European Journal of International Law. n. 9, 1998. p. 378, 379; Cf. ODAHARA, Bruno Periolo. **Hans Kelsen e o Círculo De Viena**: interfaces entre o positivismo lógico e a teoria pura do direito. Monografia de especialização apresentada ao programa de pós-graduação em Teoria Geral do Direito da ABDConst. 2008; ROBLES, Gregorio. **Hans Kelsen**. Vida y obra. Cizur Menor, Civitas, 2014.

⁶²⁰*Rectius*, não inviabilizaria como de fato não inviabilizou.

⁶²¹Ver: TORRANO, Bruno. “‘Todos os positivismos’ se encaixam na ‘filosofia da consciência’?” *In*: TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei**...Op.Cit. p. 135,136.

⁶²²Nesse sentido, ver o tópico “Hart y Wittgenstein” p. 46-50; e o “Cap. VII – H.L.A Hart y el giro hermenêutico en la teoría del derecho” da obra: BIX, Brian. **Teoría del Derecho**: ambición y límites. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2006; WITTGENSTEIN, Ludwig. [1953] **Investigações Filosóficas**. Trad. M.S.Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008; NARVÁEZ MORA, Maribel. **Wittgenstein y la Teoría del Derecho**. Una senda para el convencionalismo jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2004.

Friedrich Waismann e Peter Winch.⁶²³ Assim, afirmar que o juspositivismo foi “superado paradigmaticamente” por estar atrelado necessariamente ao paradigma da *consciência* (esquema sujeito-objeto), sendo incapaz de recepcionar o *linguistic turn*, é desconhecer ou, ao menos, desconsiderar completamente o fundamento filosófico do desenvolvimento do positivismo jurídico (neo)analítico contemporâneo.⁶²⁴

Portanto, podemos concluir que a afirmação do neoconstitucionalismo (“pós-positivismo” forte) de superação paradigmática do positivismo jurídico epistemológico no contexto do Estado Constitucional encontra sérios problemas teóricos quando pretende se valer da noção de “paradigma” para fundamentar seu discurso. Isto se dá independentemente de se utilizar da noção de “paradigma” científico no sentido kuhniano (vertente idealista do “pós-positivismo” forte) ou de se usar a noção de “paradigma” filosófico no sentido proposto por Habermas (vertente hermenêutica do “pós-positivismo” forte). Não é possível assumir que o juspositivismo epistemológico esteja “paradigmaticamente” superado, independentemente de qual sentido (“científico” ou “filosófico”) seja atribuído à expressão “paradigma” pelo discurso neoconstitucionalista feito no Brasil.

4.4 NEOCONSTITUCIONALISMO À *BRASILEIRA*: UMA SÉRIE DE RECEPÇÕES EQUIVOCADAS

O discurso neoconstitucionalista tal como tem sido desenvolvido no Brasil é, diametralmente, oposto ao que sustentam as teorias do direito denominadas pelos teóricos genoveses de *neoconstitucionalismo* (Dworkin, Alexy e Nino, por exemplo). Já há alguns anos Lenio Streck – o maior representante da vertente hermenêutica do “pós-positivismo” brasileiro em sentido forte – vem corretamente enfatizando essa

⁶²³ WAISMANN, Friedrich. “Verifiability”. In: FLEW, Antony. G. N. (ed.). **Logic and Language** (First Series). Oxford: Basil Blackwell, pp.117-144, 1978; WINCH, Peter. [1958] **The Idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy**. London: Routledge, 1990.

⁶²⁴Lenio Streck também critica o positivismo jurídico kelseniano e hartiano por “apostarem” na discricionariedade judicial nos casos difíceis. (Cf. STRECK, Lenio L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. pp. 380, 381, 386) Todavia, não existe nenhuma “aposta” por parte de tais autores. Assumindo a hipótese de que não seja problemático falar em “discricionariedade judicial” em Kelsen (Bulygin demonstra tal dificuldade), tais autores não estão afirmando que “é bom que os juízes decidam casos difíceis por meio da discricionariedade” ou que “diante dos casos difíceis, os juízes devem decidir por meio da discricionariedade”. Nem Hart, nem Kelsen confundem *discricionariedade* judicial com *arbitrariedade*, como erroneamente sustenta Streck. A discricionariedade judicial para tais autores é vista como algo inevitável (nem bom, bem ruim), inerente à natureza do direito positivo exatamente por ele ser um domínio limitado de normas institucionais. Portanto, não há “aposta” e sim “reconhecimento”.

expressiva distinção teórica. A diferença é tamanha que o autor optou por não denominar mais sua abordagem hermenêutica do direito de *neoconstitucionalista*,⁶²⁵ visando evitar confusões de sua perspectiva jusfilosófica com as concepções teóricas sustentadas pelo que denominamos (na linha de Torrano) de vertente *idealista* do “pós-positivismo” em sentido forte no Brasil. O objetivo do presente tópico é expor brevemente essa diferença significativa existente entre as duas abordagens jusfilosóficas denominadas de *neoconstitucionalistas*.

Como apontado anteriormente, o termo *neoconstitucionalismo* foi cunhado e inicialmente desenvolvido por filósofos do direito situados em Gênova (Pozzolo, Barberis, Commanduci, Mazzaresse), para criticar um conjunto de teorias do direito que defenderia a especificidade da interpretação constitucional, que seria formado por autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, por exemplo.⁶²⁶ É importante ressaltar que o rótulo de *neoconstitucionalistas* foi atribuído a tais jusfilósofos pelos seus críticos genoveses, e não assumido ou utilizado pelos autores para designarem suas próprias abordagens teóricas. Todavia, se o termo *neoconstitucionalista* pode ser compreendido de modo a designar uma corrente jusfilosófica antipositivista formada por um conjunto heterogêneo de teorias do direito que enfatizam a interconexão conceitual necessária entre o direito e a moral (jurmoralismo), há uma descompasso teórico abissal entre aquilo que sustentam os autores brasileiros que se auto-intitulam neoconstitucionalistas (ou pós-positivistas) e o que de fato defendem as teorias do direito que os autores genoveses rotularam de *neoconstitucionalistas*.

Para nos restringirmos aos dois autores *neoconstitucionalistas* mais conhecidos e citados pela doutrina brasileira, é possível dizer que a preocupação de Alexy na Alemanha e de Dworkin na cultura anglo-americana é dar conta do problema da interpretação e da aplicação do direito (adjudicação) nos casos complexos, problema que havia sido praticamente deixado de lado pelas teorias juspositivistas mais sofisticadas de seus respectivos contextos, quais sejam: o positivismo jurídico Hans Kelsen, que afirma em sua *Teoria Pura Do Direito* (1960) que a aplicação do direito é um “ato de vontade” do intérprete autêntico que faz uma escolha (política-

⁶²⁵STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**...Op.Cit.p.47.

⁶²⁶“[...] embora seja certo que a tese sobre a especificidade da interpretação constitucional possa encontrar partidários em diversas dessas disciplinas, no âmbito da Filosofia do Direito ela vem defendida, de modo especial, por um grupo de jusfilósofos que compartilham um modo singular de conceber o Direito. Chamei tal corrente de pensamento de neoconstitucionalismo. Me refiro, particularmente, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustav Zagrebelsky e, em parte, Carlos Santiago Nino”. (POZZOLO, Susanna. “Neoconstitucionalismo y especificidad...Op.Cit. p. 339).

jurídica) de uma, dentre as várias possibilidades, de aplicação proporcionadas pela moldura semântica da norma para aplicá-la ao caso concreto, sendo que “não há qualquer critério [científico] com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra”;⁶²⁷ o positivismo jurídico de H.L.A Hart, que afirma em *O Conceito de Direito* (1961) que em razão da incontornável textura aberta do direito, as normas possuem uma zona obscura de incerteza na qual seria impossível descobrir uma única solução correta *a priori* para o caso, obrigando os juízes a exercer sua discricionariedade.⁶²⁸ De tal modo, Dworkin e Alexy desenvolvem suas respectivas teorias dos princípios com o intuito de reduzir a ampla liberdade hermenêutica do intérprete judicial (em especial nos casos complexos) que havia sido afirmada pelo positivismo jurídico kelseniano e hartiano, não para ampliá-la.

No âmbito do *neoconstitucionalismo* brasileiro o que ocorre é exatamente o oposto. O positivismo jurídico é apresentando como sendo uma perspectiva teórica que defende a neutralidade de uma aplicação mecânica da lei estatal, em que o juiz descobre o verdadeiro significado da lei e o aplica de modo neutro por meio de uma inferência lógico-dedutiva (silogismo) ao caso concreto. Não haveria qualquer espaço para a interpretação criativa por parte do magistrado, pois os juízes nada mais seriam – aderindo ao clássico entendimento de Montesquieu – do que “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta não podem moderar a força nem o rigor”.⁶²⁹ Nas palavras de Bobbio, para *teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito*, a exigência da segurança jurídica faz com que “o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei”.⁶³⁰

Para o *neoconstitucionalismo à brasileira*, o juspositivismo estaria equivocado ao sustentar a *teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito*, pois, os princípios constitucionais seriam normas-valores que possuem menor densidade

⁶²⁷KELSEN, Hans. [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 391.

⁶²⁸HART. H.L.A. [1961] **O Conceito de Direito**. 2ª ed. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. pp.174 e ss.

⁶²⁹MONTESQUIEU. Charles de Secondat. Barão de. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Muraschco. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p.175.

⁶³⁰BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p.80.

normativa impedindo que delas se extraia – no seu relato abstrato – a solução completa das questões sobre as quais incidem, concedendo uma maior liberdade hermenêutica ao intérprete judicial em sua busca pela justiça do caso concreto. Portanto, o intérprete judicial não desempenharia um papel passivo de mero descobridor do verdadeiro sentido da lei no processo de adjudicação, mas teria uma atuação ativa (criativa) na definição concreta do sentido e do alcance da norma jurídica.

Eis a contradição: (i) Alexy e Dworkin estão preocupados com o amplo espaço de liberdade hermenêutica do intérprete judicial afirmado (ou reconhecido) pelo positivismo jurídico hartiano e kelseniano; os *neoconstitucionalistas* brasileiros estão preocupados com o engessamento formalista da atividade hermenêutica do juiz que não poderia ser mais do que a “boca da lei” em uma aplicação lógica do direito, modelo que teria sido afirmado pelo positivismo jurídico (alguns autores atribuem tal entendimento até mesmo à Hans Kelsen); (ii) Alexy e Dworkin desenvolvem teorias do direito antipositivistas que enfatizam o momento da decisão judicial e aproximam (v.g. condicionam) o direito e a moral por meio do reconhecimento de princípios como padrões jurídico-normativos vinculantes, de modo a reduzir (ou mesmo eliminar) o espaço de liberdade hermenêutica que o intérprete judicial teria mesmo nos casos complexos; os *neoconstitucionalistas* brasileiros se apropriam das contribuições teóricas de Alexy e Dworkin ao seu próprio modo, passando a afirmar que princípios são valores e a enfatizar a discricionariedade judicial, o poder criativo dos juízes no processo de aplicação do direito, bem como a possibilidade da não aplicação de regras jurídicas ao caso concreto por motivos axiológicos, sem oferecer (em contrapartida) uma metodologia racional para a controlabilidade de tal atividade. Sinteticamente, para os autores denominados de neoconstitucionalistas pelos genoveses, os princípios desempenham a função de “fechar” a interpretação, enquanto que para o neoconstitucionalismo à brasileira o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais serviu para “abrir” a interpretação judicial.

Nesse sentido, Lenio Streck corretamente afirma que o *neoconstitucionalismo* (que nesse aspecto específico se identifica exclusivamente com a vertente idealista do “pós-positivismo” forte brasileiro) representa apenas a superação do *paleojuspositivismo* (juspositivismo ideológico do século XIX) no plano teórico-interpretativo “na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses” e da

Jurisprudência dos Valores⁶³¹ e que “nos termos em que o neoconstitucionalismo vem sendo utilizado [no Brasil], ele representa uma clara contradição” com as propostas teóricas dos autores que os juristas brasileiros alegam ser a base fundamental de seu discurso teórico.⁶³²

Diante da carência de teorias do direito que pudessem dar conta do novo tipo de Constituição que passou a vigor no país (uma Constituição “invasora”, no sentido de Guastini), Streck afirma os juristas brasileiros foram atrás de teorias estrangeiras para tentar suprir tal lacuna teórica.⁶³³ Tal importação acrítica teria resultado em três recepções equivocadas no âmbito da teoria do direito brasileira: (i) a recepção da Jurisprudência dos Valores alemã; (ii) da teoria da argumentação de Robert Alexy; (iii) e do ativismo judicial norte-americano.

Segundo Streck, os juristas brasileiros não teriam se atentado para o fato de que o contexto jurídico brasileiro é muito distinto da realidade alemã do pós-guerra⁶³⁴ e teriam tomado emprestado da Jurisprudência dos Valores a ideia “de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de

⁶³¹STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**...Op.Cit. p.46.

⁶³²STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**...Op.Cit. p.46.

⁶³³Virgílio Afonso da Silva aponta que o catálogo de princípios da interpretação constitucional – tais como o princípio do efeito integrador, da ‘unidade da Constituição’, da concordância prática, da ‘conformidade funcional’ e da ‘força normativa da Constituição’, etc – apresentado por Konrad Hesse em um manual publicado originariamente em 1967 (que nem sequer teria encontrado ampla aceitação dogmática e jurisprudencial no âmbito da ordem constitucional alemã, a que se dirigiu), a partir dos anos 1990 passou a ser disseminado na literatura brasileira como sendo uma exigência intrínseca de todo e qualquer Estado Constitucional. Por sua vez, a discussão metodológica teria sido pautada por um artigo de Wolfgang Bockenförde sobre métodos de interpretação constitucional, principalmente na variante apresentada por Canotilho. Ver: SILVA, Virgílio Afonso da. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 115-143. Cf. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal no sistema jurídico. São Paulo: WMMF São Paulo, 2013.

⁶³⁴Streck afirma: “Como se sabe, no caso alemão, a Jurisprudência dos Valores serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949. Com efeito, nos anos que sucederam à consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do *Bundesverfassungsgericht* para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um *jus* distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de ‘abertura’ de uma legalidade extremamente fechada. Nesse sentido, não podemos esquecer que a tese da Jurisprudência dos Valores é, até hoje, de certo modo, preponderante naquele tribunal, circunstância que tem provocado historicamente fortes críticas no plano da teoria constitucional ao *modus* interventivo do tribunal alemão. Relewa anotar, entretanto, que a referida tensão efetivamente teve, a partir do segundo pós-guerra, papel fundamental na formação da teoria constitucional contemporânea, por exemplo, em Portugal, na Espanha e no Brasil. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**...Op.Cit. p.58). Cf. DUTRA, Jeferson Luiz. Verbete “Jurisprudência dos Valores” In: BARRETO, Vicente de Paula (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. pp.490-492; CRUZ, Luis. **La Constitución Como Orden de Valores**: un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Granada: Comares, 2005.

encontrar e revelar esses interesses ou valores”.⁶³⁵ Todavia, o modo específico pelo qual os juristas brasileiros tentaram implementar essa recepção (equivocada) foi por meio de uma segunda recepção equivocada: a teoria da argumentação de Robert Alexy, em especial a distinção estrutural entre regra e princípio e a técnica da ponderação, “que recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos tribunais”.⁶³⁶ Isto, pois, Alexy elabora sua teoria exatamente em contraposição ao pragmatismo casuístico da Jurisprudência dos Valores, tentando racionalizar o procedimento de “ponderação de valores” desta perspectiva, ao passo que, “no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração”.⁶³⁷

Por fim, apesar da dificuldade em se definir *ativismo judicial*, podemos compreendê-lo como sendo uma postura voluntarista que os juízes podem assumir no plano da adjudicação do direito, decidindo uma determinada causa desconsiderando fatores como o texto normativo vigente (legal e/ou constitucional), a tradição hermenêutica de interpretação de casos semelhantes, bem como as possíveis razões subjacentes ao direito positivo, inovando de modo subjetivista no ordenamento jurídico sob o pretexto de (supostamente) garantir a efetividade de direitos fundamentais.⁶³⁸ A origem do *ativismo judicial* se dá na jurisprudência norte-americana e, ao menos em um primeiro momento, essa prática ostentou uma natureza moral e política conservadora.⁶³⁹ No Brasil, o ativismo judicial tem sido muito bem visto pelo *neoconstitucionalismo* (*rectius*: pós-positivismo idealista) como forma judicial de garantir a eficácia dos direitos fundamentais (em especial os direitos fundamentais

⁶³⁵STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**...Op.Cit. p.58.

⁶³⁶STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**...Op.Cit. p.58.

⁶³⁷STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**...Op.Cit. p.59.

⁶³⁸ WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Nova York: Rowman & Littlefield, 1994; WOLFE, Christopher. **Judicial Activism**: bulwark of freedom or precarious security? New York: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997; HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of new constitutionalism. Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2003. Ver também: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010; TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁶³⁹Conforme Streck, “Não se pode esquecer, por outro lado, que ativismo judicial, nos Estados Unidos, foi feito às avessas num primeiro momento (de modo que não se pode considerar que o ativismo seja sempre algo positivo). O típico caso de um ativismo às avessas foi a postura da Suprema Corte estadunidense com relação ao *new deal*, que, aferrada aos postulados de um liberalismo econômico do tipo *laissez-faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**...Op.Cit. p.61). Cf. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; GONZÁLES GARCÍA, Julio V. **Sentencias Básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos**. 2º ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

sociais) diante da inércia do Poder Legislativo e da ausência implementação de políticas por parte do Poder Executivo.⁶⁴⁰

Esse quadro de recepções teóricas equivocadas do *neoconstitucionalismo à brasileira* gerou o que o hermeneuta denomina de *pamprincipiologismo*, que seria uma espécie de patologia judicial “que leva a um uso desmedido de *standards* argumentativos que, no mais das vezes, são articulados para driblar aquilo que ficou regrado pela produção democrática do direito, no âmbito da legislação (constitucionalmente adequada)”.⁶⁴¹ Trata-se de um uso retórico (emotivo e irracional) dos princípios para “descobrir, por meio da sensibilidade (o senso de justiça, no mais das vezes, sempre é um álibi teórico da realização dos ‘valores’ que subjazem o ‘Direito’), a melhor solução para os casos jurisdicionalizados”.⁶⁴²

Um entendimento parecido acerca do que denominamos de *neoconstitucionalismo à brasileira* bem como de seus efeitos na prática judiciária do país é sustentado por Marcelo Neves. Em sua obra *Entre Hidra e Hércules* (2013),⁶⁴³ Neves afirma que no “final do século XX e início do século XXI, a doutrina constitucional brasileira foi tomada por um fascínio pela principiologia jurídico-constitucional e, nesse contexto, pela ponderação de princípios”.⁶⁴⁴ Esta atitude, “com destacadas exceções, tem contribuído para uma banalização das questões complexas referentes à relação entre princípios e regras”.⁶⁴⁵

O autor destaca que o “afastamento de regras a cada vez que se invoque retoricamente um princípio em nome da justiça, em uma sociedade complexa com várias leituras possíveis dos princípios”, serviria “antes à acomodação de interesses concretos e particulares, em detrimento da força normativa da Constituição”.⁶⁴⁶ No

⁶⁴⁰Por todos, ver BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & Ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 275-290.

⁶⁴¹STRECK, Lenio. “Ministro equivoca-se ao definir presunção de inocência” In: **Consultor Jurídico**. 17 de novembro de 2011. p.1. Link: <http://migre.me/wbkyf>. Acessado em: 01.03.2017.

⁶⁴²STRECK, Lenio. “Ministro equivoca-se...”. Op.cit. p.1.

⁶⁴³NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal no sistema jurídico. São Paulo: WMMF São Paulo, 2013.

⁶⁴⁴NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**...Op.Cit. p.171. “O fascínio doutrinário relaciona-se com uma prática jurídico-constitucional confusa em torno da aplicação de princípios constitucionais e da ponderação entre eles. Tornou-se lugar comum a referência à ponderação ou sopesamento entre valores, bens e princípios e à proporcionalidade. Nesse particular, a jurisprudência recente realmente aponta para uma transformação, tendo em vista a cada vez mais frequente invocação de princípios em combinação com o uso da ponderação e da proporcionalidade ou razoabilidade”. (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**...Op.Cit. p.196,197).

⁶⁴⁵NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**...Op.Cit. p.171.

⁶⁴⁶NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**...Op.Cit. p.191,192.

entender de Neves, ao menos no contexto brasileiro, “a invocação retórica de princípios para afastar regras [...] corre no sentido contrário do desenvolvimento na direção de um sólido Estado constitucional e da força normativa da Constituição”.⁶⁴⁷ Do ponto de vista da jurisdição constitucional, uma “ponderação sem limites” também gera “efeitos devastadores para a relação de autonomia e condicionamento recíproco entre política e direito no Estado constitucional”, levando “ao mesmo tempo, a uma judicialização da política e a uma politização do direito”.⁶⁴⁸

Diante de tais considerações, é possível afirmar que o efeito do *neoconstitucionalismo à brasileira* foi promover a insegurança jurídica ao incentivar a politização da interpretação judicial e o decisionismo axiológico judicial, exatamente os fatores que as teorias apontadas como sendo *neoconstitucionalistas* pelos teóricos situados em Gênova (teoria da argumentação de Alexy e concepção do direito como integridade de Dworkin) procuram enfrentar.

Em suma, podemos concluir que, apesar de ambas as concepções *neoconstitucionalistas* serem antipositivistas, há uma clara distinção entre o discurso neoconstitucionalista tal como tem sido desenvolvido doutrinariamente e aplicado judicialmente no Brasil nas últimas décadas e as teorias do direito denominadas pelos teóricos genoveses de *neoconstitucionalismo* (Dworkin, Alexy, em especial), tratando-se de concepções diametralmente opostas dentro da perspectiva filosófica do jusmoralismo.

4.5 NEOCONSTITUCIONALISMO À BRASILEIRA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: UM RELATO TEÓRICO QUESTIONÁVEL

A classificação trinária do *neoconstitucionalismo* em *marcohistórico*, *marco filosófico* e *marco teórico*, feita por Barroso em 2005 – exposta no primeiro capítulo

⁶⁴⁷NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules...**Op.Cit. p.192,193.

⁶⁴⁸NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules...**Op.Cit. p. p.194. O próprio Marcelo Neves resume sua crítica do seguinte modo: “Em síntese: a invocação retórica dos princípios como nova panaceia para os problemas constitucionais brasileiros, seja na forma de absolutização de princípios ou na forma da compulsão ponderadora, além de implicar um modelo simplificador, pode servir para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade e, portanto, à erosão continuada da força normativa da Constituição. Antes da ênfase no debate (muitas vezes, estéril) sobre a diferença entre princípios e regras, impõe-se a construção de uma teoria das normas constitucionais que sirva a uma concretização juridicamente consistente e socialmente adequada dos respectivos princípios, regras e híbridos normativos no contexto brasileiro”. (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules...**Op.Cit. p.196).

deste estudo – ficou amplamente conhecida no âmbito da doutrina constitucional brasileira e foi aceita por parcela considerável dos juristas pátrios. Já apontamos anteriormente que compreender o *neoconstitucionalismo* de tal modo é consideravelmente controverso, tendo em vista que uma definição tão ampla e ambígua engloba fenômenos completamente diferentes, não fazendo distinção entre transformações ocorridas no âmbito *institucional* do direito positivo (surgimento do Estado Constitucional) e transformações ocorridas na esfera metalinguística da filosofia do direito (desenvolvimento de teorias antipositivistas).

Ainda que o foco da presente investigação seja o estudo do neoconstitucionalismo compreendido como sendo uma corrente jusfilosófica composta de um conjunto heterogêneo de teorias antipositivistas do direito (o que Barroso chama de *marco filosófico*), sentido este que é equivalente à noção de “pós-positivismo” (em sentido forte), é interessante expôr que o relato do desenvolvimento do fenômeno da constitucionalização do direito feito por Barroso e apresentado como sendo um conjunto de transformações teóricas características do que ele entende por *neoconstitucionalismo* (marco teórico) também é significativamente questionável, sendo necessário realizar algumas mediações. Neste tópico exporemos brevemente algumas objeções apresentadas por Dimitri Dimoulis ao relato feito por Barroso acerca das transformações teóricas ocorridas no direito constitucional do pós-guerra.⁶⁴⁹

Segundo o entendimento de Barroso, o *neoconstitucionalismo* seria “um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional” que “resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito”.⁶⁵⁰ De tais transformações, o *marco teórico* seria “o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”.⁶⁵¹

Barroso explica essas três mudanças referentes ao *marco teórico* do seguinte modo: (i) o *reconhecimento da normatividade da Constituição* no período do pós-guerra significa que, anteriormente, ela era vista como um documento essencialmente

⁶⁴⁹As críticas foram feitas no seguinte estudo: DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico”. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 213-226. O debate já fora abordado por nós anteriormente em: CELLA, José Renato Gaziero; RODRIGUES, Renê Chiquetti. “Neoconstitucionalismo ou Paleoconstitucionalismo? Apontamentos acerca da compreensão do fenômeno jurídico contemporâneo”. In: **Revista do Direito Público**. Londrina, v.9, n.2, p.93-114, mai./ago. 2014.

⁶⁵⁰BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...”Op.Cit.p.11, 12.

⁶⁵¹BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...”Op.Cit.p.12.

político, sendo um mero convite à atuação dos Poderes Públicos e à concessão de força normativa ao texto constitucional. Isso significou o reconhecimento do caráter vinculatório e obrigatório de suas disposições, implicando na aceitação de que “as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”;⁶⁵² (ii) a *expansão da jurisdição constitucional* significa que até 1945 vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo e a partir do final da década de 40 “a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição”, sendo que vários “países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais”;⁶⁵³ (iii) a última e mais importante mudança seria o advento de uma *nova interpretação constitucional* que, além de possuir princípios hermenêuticos específicos, também operaria com novas e diferentes categorias jurídico-interpretativas, tais como as noções de “cláusulas gerais”, “princípios”, “colisões de normas constitucionais”, “ponderação” e “argumentação”.⁶⁵⁴

Dimitri Dimoulis faz uma série de objeções a esta compreensão:

(i) Para autor, desde o início do século XIX as Constituições escritas-instrumentais “foram sempre e necessariamente vistas como superiores à legislação ordinária”.⁶⁵⁵ Caso a normatividade constitucional não se apresentasse com o elemento de superioridade em relação às demais fontes normativas, sem seu caráter jurídico-normativo-vinculante, a Constituição perderia seu sentido em qualquer momento histórico, tornando-se uma simples lei comum.⁶⁵⁶ Não seria correto também

⁶⁵²BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...”Op.Cit.p.12.

⁶⁵³BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...”Op.Cit.p.6.

⁶⁵⁴BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e const...”Op.Cit.p.9.

⁶⁵⁵DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”Op.Cit. p.214.

⁶⁵⁶Nesse sentido, destaca os importantes exemplos do abade Sieyès e do ministro François Guizot. Do primeiro, ressalta as famosas palavras pronunciadas em 1793: “uma Constituição é um corpo de leis obrigatórias ou não é nada” (SIEYÈS *Apud* DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”Op.Cit. p. p. 214, 215); do segundo, lembra que o ministro redigiu o decreto que instituiu a primeira cátedra de Direito Constitucional na Faculdade de Direito de Paris, acompanhada de uma exposição de motivos que determinava o objeto do ensino da nova disciplina: “Exposição da Carta constitucional e das garantias individuais, assim como das instituições políticas que a Carta consagra. Não se trata mais de um simples sistema filosófico entregue às disputas pessoais. É uma lei escrita, reconhecida que pode e deve ser explicada, comentada, da mesma maneira como a lei civil ou qualquer outra parte de nossa legislação”. (GUIZOT *Apud* DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”Op.Cit. p.215). Por conseguinte, indaga: “Seriam Sieyès (1748-1836) e Guizot (1787-1874), ambos nascidos no século XVIII e partidários da supremacia e pura juridicidade da

afirmar que a introdução de valores nos textos constitucionais teria ocorrido apenas após a II Guerra Mundial. Isto, pois, a Constituição sempre foi pensada como um *projeto político* que objetivava garantir – na maioria dos casos – sistemas capitalistas em sua versão liberal e instaurar a democracia representativa. Assim sendo, “as Constituições sempre foram materiais e carregadas de valores” sendo, historicamente, desconhecida qualquer carta constitucional que desmintia a regra de sua superioridade jurídica e do caráter material-valorativo-político de seus conteúdos.⁶⁵⁷

Dimoulis não nega a afirmação da supremacia do Poder Legislativo feita por Barroso,⁶⁵⁸ mas ressalta que, desde o início do constitucionalismo, o Poder Judiciário assumiu uma postura ativa “em defesa da supremacia constitucional e da tutela dos direitos fundamentais, fiscalizando, contrariando e mesmo anulando as decisões do Poder Legislativo”.⁶⁵⁹ Ao contrário do que muitos afirmam, o controle judicial de constitucionalidade não foi uma particularidade dos EUA.⁶⁶⁰ Além do conhecido caso *Marbury vs. Madison* (1803), o autor aponta que o controle judicial de constitucionalidade já se realizava em alguns países europeus ainda no século XIX, citando a Grécia, a Noruega e a Suíça como exemplos de países europeus em que já se observava a existência de um *judicial review* difuso.⁶⁶¹

Diante da existência de uma tradição de fiscalização e afastamento de leis inconstitucionais por parte do Poder Judiciário ainda no século XIX, questiona: “como afirmar que a Constituição era, no mesmo período, um simples documento político à mercê da boa (ou má) vontade dos legisladores?”.⁶⁶² Além disso, salienta que do fato

Constituição, paladinos de um neoconstitucionalismo *avant la lettre*?” (DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”.Op.Cit. p.215).

⁶⁵⁷DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”.Op.Cit. p. 215.

⁶⁵⁸O autor não nega a possibilidade de se contestar o elemento puramente retórico do caráter jurídico e supremo da Constituição, em especial “quando havia, na realidade institucional, predominância absoluta do Poder Legislativo, sendo sua submissão aos mandamentos do texto constitucional mera ficção despida de garantias efetivas” (DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”.Op.Cit. p. 216).

⁶⁵⁹DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”.Op.Cit. p. 216.

⁶⁶⁰Daniel Sarmento, por exemplo, refere-se à “singular exceção norte-americana” e afirma que “a idéia que prevalecia no ‘mundo constitucionalizado’ até meados do século XX era a de que as constituições eram proclamações políticas importantes mas não autênticas normas jurídicas”. (SARMENTO, Daniel. “Ubiquidade constitucional. Os dois lados da moeda”. In SOUZA Neto, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.116).

⁶⁶¹Sobre a Grécia, ver: DIMOULIS, Dimitri. “A introdução do controle de constitucionalidade difuso na Grécia”. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 1, 2003, p. 213-223; Sobre a Noruega: DEENER, David. “Judicial review in modern constitutional systems”. In: **The American Political Science Review**. Volume 46, Issue 4. December, 1952. p. 1083.

⁶⁶²DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”.Op.Cit. p.216. Por tais motivos, não é correto – tanto no sentido cronológico como no sentido teórico – sustentar que fora Hans Kelsen

de não haver previsão normativa autorizadora ou mesmo da existência de prescrição jurídica proibindo o controle judicial de constitucionalidade, não se pode concluir que o ordenamento jurídico permitiria a violação da Constituição. A inexistência de previsão explícita ou mesmo a vedação expressa do *judicial review* “não isenta o legislador ordinário do dever jurídico de respeitar a Constituição”, e tampouco “afasta a supremacia constitucional e a possibilidade de sancionar, jurídica e politicamente, legisladores que violarem mandamentos constitucionais”.⁶⁶³

Em suma, se a força normativa suprema da Constituição se encontra presente desde o início do constitucionalismo no século XVII, seja no âmbito dos discursos constitucionais, seja não âmbito da prática institucional, não seria possível caracterizar esse elemento como um dos fatores teóricos constituintes do *neoconstitucionalismo* (em seu aspecto institucional) do pós-guerra: “caso contrário deveríamos alcunhar de *neoconstitucionalistas* o juiz Marshall e Ruy Barbosa”, afirma Dimoulis.⁶⁶⁴

(ii) Quanto à expansão da *jurisdição constitucional*, o autor aponta que é incontestável a constatação de uma expansão quantitativa do controle judicial após a II Guerra Mundial. Entretanto, a “atuação de uma Corte constitucional não se relaciona causalmente com a mais ampla ou mais efetiva tutela dos direitos fundamentais”, pois não é possível “saber se a Corte constitucional será mais ou menos liberal e sensível aos direitos fundamentais do que os tribunais das instâncias inferiores ou o próprio legislador”.⁶⁶⁵ Sob uma perspectiva histórica, muitos são os exemplos de Cortes constitucionais “dóceis” ao poder político (em particular nos regimes autoritários), assim como constatamos importantes oscilações em sua jurisprudência – como indicam, por exemplo, as periodizações históricas da atuação da *Supreme Court*

o introdutor do controle de constitucionalidade na Europa, com a Constituição da Áustria de 1920 ou de que o Estado constitucional de direito se desenvolve a partir do término da 2ª Guerra Mundial aprofundando-se no último quarto do século XX, como faz Barroso. (DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”. Op.Cit. p.)

⁶⁶³DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”. Op.Cit. p. 218. O autor cita como exemplo a Constituição do Império no Brasil de 1824 que não previa o controle judicial de constitucionalidade. Porém, determinava em seu art. 15, inciso IX, a obrigação da Assembleia Geral (Poder Legislativo) respeitar e preservar a supremacia constitucional. Em virtude de tais considerações, questiona: se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia? Porque o ordenamento jurídico que instauraria o controle judicial de constitucionalidade seria um Estado constitucional e não seria um Estado judicial? “Assim sendo, a contraposição entre Estado legal e Estado constitucional não convence se for utilizado como critério o controle judicial de constitucionalidade e não a rigidez constitucional”. (DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”. Op.Cit. p. 219).

⁶⁶⁴DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”. Op.Cit. p. 219.

⁶⁶⁵DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”. Op.Cit. p. 220.

norte-americana de acordo com seus Presidentes.⁶⁶⁶ O autor salienta que a criação de uma Corte constitucional retira poder tanto dos tribunais inferiores – em muitos ordenamentos jurídicos os tribunais inferiores são privados da competência de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos – como, conjuntamente, estabelece limitações formais e substanciais ao poder dos legisladores. Além do mais, pondera que, “se o reconhecimento do papel de quase exclusivo guardião da Constituição ao Legislativo pode causar abusos, o super-fortalecimento do Judiciário também pode acarretar abusos ou desequilíbrios”.⁶⁶⁷

No entender de Dimoulis, do ponto de vista histórico-cronológico, tais considerações indicam que o que se verifica na contemporaneidade é “tão somente a tendência quantitativa de fortalecimento do controle judicial concentrado à custa do controle difuso e diminuindo o espaço reservado ao legislador”, não havendo rupturas na realização do controle de constitucionalidade nos Estados constitucionais modernos.⁶⁶⁸ Assim, para o autor, “nem o controle judicial concentrado nem a maior tutela dos direitos fundamentais (e muito menos a conexão causal desses dois elementos) podem ser vistos como traços característicos do neoconstitucionalismo”.⁶⁶⁹

(iii) Por fim, no que tange à *nova interpretação constitucional*, as características mencionadas por Barroso não teriam o menor traço de inovação teórica, não havendo nenhuma novidade na importância dada aos princípios jurídicos e ao papel/poder criativo do intérprete judicial. Dimoulis aponta que, no século XIX, já era possível encontrar fortes críticas à aplicação mecânica, literal, automática, subsuntiva de leis supostamente claras na teoria do direito, bem como a afirmação do papel criativo dos aplicadores e, particularmente, dos juízes,⁶⁷⁰ ressaltando também que “essa visão não tem origem nem aplicação especificamente constitucional, pois é

⁶⁶⁶DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”.Op.Cit. p. p. 220.

⁶⁶⁷DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”.Op.Cit. p. 220. Nesse sentido, basta observar que recentemente o próprio Supremo Tribunal Federal decidiu contrariamente ao texto normativo expresso da Constituição (art. 5º, inciso LVII) ao reconhecer a possibilidade de cumprimento antecipado da pena criminal após a condenação em segundo grau no HC 126.292/SP (julgado em 17.02.2016 e publicado 17.05.2016).

⁶⁶⁸DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”.Op.Cit. p. 221.

⁶⁶⁹DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”.Op.Cit. p. 221.

⁶⁷⁰Como afirma o autor: “Basta pensar nas notórias publicações de juristas como Oskar Bülow (1837-1907) na Alemanha, Eugen Ehrlich (1862-1922) na Áustria ou François Gény (1861-1959) na França, para entender que não há a menor novidade na interpretação “aberta” e “principiológica” da Constituição”. (DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”.Op.Cit. p. 221).

endossada por autores das mais variadas áreas do direito”.⁶⁷¹ A ideia de que o intérprete é coparticipante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador, fazendo valorações de sentido para as cláusulas abertas ao realizar escolhas entre soluções possíveis, não é nenhuma novidade ou característica típica de uma *nova interpretação constitucional*. Ao contrário do que sustenta o *neoconstitucionalismo à brasileira* de Barroso, tais características já haviam sido apontadas pelo próprio Hans Kelsen na primeira edição de sua *Teoria Pura do Direito* (1934), como veremos nos próximos tópicos.

A conclusão de Dimoulis é a de que “nenhum dos elementos apresentados pelo Prof. Barroso como peculiares do neoconstitucionalismo [como *marco teórico*] pode ser considerado indicativo de uma nova abordagem do direito constitucional”.⁶⁷² Portanto, o relato que apresenta o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional como sendo um conjunto de transformações teóricas e institucionais típicas do Estado Constitucional (marco teórico do *neoconstitucionalismo*) se não deve ser rejeitado por completo, deve ser aceito com várias ressalvas. Com tais considerações, encerramos nossa abordagem genérica da tese neoconstitucionalista de superação do positivismo jurídico.

A partir do próximo tópico nos dedicaremos a verificar a procedência de críticas específicas feitas pelo discurso neoconstitucionalista ao positivismo jurídico.

4.6 O JUSPOSITIVISMO E OS VALORES JURÍDICOS: A DEFESA DE UM DIREITO NEUTRO?

Uma crítica constantemente feita ao positivismo jurídico (v.g. a todas as teorias que compõem a corrente jusfilosófica denominada positivismo jurídico) pelos

⁶⁷¹Lembra que a bibliografia jusprivatista sobre a temática é riquíssima e inclinada a valorizar as cláusulas gerais e o poder do aplicador, sendo possível, conjuntamente citar o pensamento de um dos mais conhecidos penalistas do século XIX, o alemão Karl Binding (1841-1920), que “afirmava que o julgador tem o poder de ordenar aquilo que o legislador não quis, sendo a sentença judicial um ato que combina elementos de conhecimento científico com elementos de pura criação normativa” (DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”. Op.Cit. p. 222). Após tais considerações, o professor indaga: “como associar o neoconstitucionalismo com semelhantes opiniões de abertura da interpretação?” (DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”. Op.Cit. p. 222).

⁶⁷²DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...”. Op.Cit. p.222.

neoconstitucionalistas – mas não apenas por eles, registre-se – é a de que essa corrente jusfilosófica pregaria uma neutralidade ideológica (política e moral) de dupla face, ou seja, o positivismo jurídico afirmaria: i) tanto a neutralidade do direito positivo (ordenamento jurídico); ii) quanto a neutralidade do aplicador judicial do direito (adjudicação do direito). Nesse sentido, é muito comum a crítica de que o positivismo jurídico seria uma teoria do direito politicamente conservadora, que, ao tentar ser moralmente neutra, apenas estaria ocultando sua ideologia política e que estaria impedindo a crítica social por mascarar a luta de classes e encobrir as relações sociais de dominação. A neutralidade é criticada como sendo um ideal completamente irrealizável, como sendo apenas um sonho ingênuo dos juspositivistas que nunca pôde ser minimamente alcançado, resultando, ao contrário, em juristas político-ideologicamente alienados.⁶⁷³

No âmbito político institucional e da teoria política, o Estado liberal costuma ser retratado como sendo (ou pretendendo ser) *neutro*, no sentido de que atuaria de forma imparcial no âmbito da sociedade, estando acima dos conflitos sociais, não se identificando com a promoção dos interesses de uma classe social específica ou com a promoção de uma determinada ideia ou concepção de bem ou de “vida boa”.⁶⁷⁴ Todavia, o ideal de *neutralidade* (científica) do positivismo jurídico epistemológico em nada se identifica com a concepção de *neutralidade* (política) do Estado liberal.

Apesar de constantemente repetidas pelos neoconstitucionalistas, tais críticas são incapazes de atingir o positivismo jurídico epistemológico. Trata-se de uma crítica

⁶⁷³Por todos, ver: ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a Superação e Superação da Perspectiva Positivista do Direito**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, 2011. Publicada como: ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?** Curitiba: Juruá, 2011. Em geral, a crítica à neutralidade científica juspositivista no âmbito da literatura brasileira (ao menos por autores alinhados à “esquerda” política) recorrentemente se vale do entendimento de Michael Löwy desenvolvido nas obras: LÖWY, Michael. **Ideologia e Ciência Social**: elementos para uma análise marxista. São Paulo: Cortez, 1989; LÖWY, Michael. [1985]. **As Aventuras de Karl Marx Contra o Barão de Münchhausen**: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. Trad. Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 10ed. São Paulo: Cortez, 2013. A crítica da neutralidade no raciocínio judicial pode ser vista em: PORTANOVA, Rui. [1992] **Motivações Ideológicas da Sentença**. 5ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. GIACOMOLLI, Nereu. “O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos” *In: Revista da AJURIS*. Porto Alegre, n. 102, a. XXXIII, jul. 2006, pp. 287 e segs. Todavia, é importante deixar assentado que a crítica à neutralidade das teorias juspositivistas é feita tanto por autores partidários da “esquerda” quanto por autores adeptos da “direita” política, estes últimos em geral adeptos de alguma forma de “jusnaturalismo” (não raro, conservadores católicos vinculados ao jusnaturalismo clássico).

⁶⁷⁴ Cf: SELEME, Hugo O. **Neutralidad y Justicia**: en torno al liberalismo político de John Rawls. Madrid: Marcial Pons, 2004; SELEME, Hugo O. Verbete “La neutralidad del derecho” *In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro* (Eds.). **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**. Vol.1. México.D.F: UNAM, 2015. pp. 1247-1274.

imprópria e inválida, pois confunde grosseiramente vários níveis de linguagem distintos. Apesar de reconhecermos que há uma relação de influência recíproca entre os níveis de linguagem no âmbito jurídico, durante todo este trabalho insistimos na importância de se reconhecer uma clara distinção entre o fenômeno jurídico e os discursos feitos sobre o fenômeno jurídico, ou seja, entre linguagem-objeto e metalinguagem. Por exemplo, a filosofia do direito, a teoria do direito, a ciência do direito e os livros de doutrina jurídica são discursos (descritivos, justificativos, orientativos, etc.) sobre o fenômeno jurídico e se situam no âmbito da metalinguagem, justamente por tomar os discursos que compõem o fenômeno jurídico como linguagem-objeto. Por sua vez, o fenômeno jurídico é composto por um complexo de discursos e práticas autoritativas, dos quais é interessante destacar aqui pelos menos dois deles: i) o discurso das normas jurídicas positivas que compõem o ordenamento jurídico de uma determinada sociedade em um determinado tempo; ii) e o discurso de aplicação dessas normas jurídicas gerais e abstratas a casos concretos, em especial, pela autoridade judiciária.

Tendo compreendido bem essa distinção, é importante ressaltar que o positivismo jurídico epistemológico nunca afirmou a “neutralidade”, a “pureza”, a “apoliticidade” ou a inexistência de valores no direito positivo. Isto, vale tanto para o âmbito do ordenamento jurídico, quanto para os discursos de aplicação das normas jurídicas aos casos concretos pelo juiz: o direito não é neutro e tampouco é neutro o processo de aplicação judicial do direito (adjudicação); e tais coisas nunca foram negadas pelos juspositivistas epistemológicos. O que constitui uma tese nuclear do positivismo jurídico epistemológico é a afirmação de que é possível construir uma ciência do direito que se constitua como um saber eminentemente descritivo do direito positivo de uma determinada sociedade, sendo possível identificá-lo e descrevê-lo sem que o cientista seja obrigado a se engajar em avaliações políticas ou morais sobre o seu objeto de conhecimento.⁶⁷⁵

No capítulo anterior, denominamos essa ideia de *tese epistêmica geral* de que o direito poderia ser descrito metodologicamente de forma neutra (*wertfreiheit*),

⁶⁷⁵A importância da ideia de neutralidade axiológica nas ciências sociais foi muito defendida por Max Weber. Ver: WEBER, Max. [1904] “A ‘objetividade’ do conhecimento na ciência social e na ciência política”. In: WEBER, Max. **Metodologia das Ciências Sociais**. Parte 1. Trad. Augustin Wernet. 4. ed. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Universidade Estadual de Campinas, 2001. p. 107-154; WEBER, Max. [1919] “A Ciência como Vocaçao”. In: WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. Trad. Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Editora. Cultrix, 2013. pp. 17-52.

podendo ser compreendida de modo específico em pelo menos duas perspectivas distintas: (i) como a *tese da descrição fática* (ii) ou como a *tese epistêmica da neutralidade*. O direito positivo é produto de avaliações políticas e morais por parte das pessoas que possuem autoridade social para impô-lo (o “legislador” em um sentido amplo), mas para os juspositivistas epistemológicos os valores contidos implicitamente ou explicitamente nas normas jurídicas não seriam obstáculos cognitivos para sua descrição neutra do direito positivo. Os juspositivistas não negam que o direito positivo seja produto de uma série de conflitos sociais e que possa ser utilizado de modo instrumental pelas classes hegemônicas como ferramenta de dominação. A neutralidade afirmada pelo positivismo jurídico epistemológico se situa não no nível da linguagem-objeto, mas sim no nível da metalinguagem descritiva da linguagem-objeto (neutralidade científica).⁶⁷⁶

Apesar de as críticas dirigirem-se ao juspositivismo em geral, o alvo do discurso neoconstitucionalista brasileiro, em quase a totalidade das vezes, é a teoria pura do direito de Hans Kelsen. Porém, uma maior atenção ao próprio título da obra já evidencia que o autor não propõe um “direito puro”, livre de valores morais e de influências político-ideológicas, e sim uma “teoria pura” do direito positivo (impuro).⁶⁷⁷ O subtítulo que compõe a primeira edição deixa ainda mais claro o propósito a que a obra se dirige: “introdução aos problemas da ciência jurídica”.⁶⁷⁸ A preocupação de Kelsen na obra *Teoria Pura do Direito* é para com a possibilidade de construção de um saber científico objetivo e autônomo dos juristas e, por isso, sua teoria do direito pode ser compreendida estruturalmente em duas partes: (i) uma primeira parte de cunho *epistemológico*, em que se discute o método e se delimita a especificidade do

⁶⁷⁶Para um estudo aprofundado acerca da noção de neutralidade sustentada pelo positivismo jurídico, ver: DICKSON, Julie. **Evaluation and Legal Theory**. Oxford: Hart, 2001. Consultar também: MARMOR, Andrei. “Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral”. In: **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 26, n.4, Winter, 2006. pp. 683–704.

⁶⁷⁷Nesse assentido: SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p.33. Como afirma Kelsen ainda no prefácio: “Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, a altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**... Op.Cit. p. XI).

⁶⁷⁸KELSEN, Hans. [1934] **Teoría Pura del Derecho**. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica.

objeto de conhecimento de uma ciência jurídica autônoma;⁶⁷⁹ (ii) uma segunda parte em que o autor formula sua *teoria geral do direito*, em que trabalha conceitos teóricos usados por todos os ramos doutrinários do saber jurídico, tais como *sanção*, *responsabilidade jurídica*, *direito subjetivo*, *capacidade jurídica*, etc.⁶⁸⁰ A teoria pura do direito kelseniana, portanto, consiste em ser um empreendimento epistemológico (meta-científico) que procura fornecer as bases teóricas de um modelo de ciência jurídica autônoma que possibilite ao cientista conhecer o direito positivo tal como ele é, descrevendo-o por meio de juízos de fato (proposições jurídicas) sem o legitimar pela sua suposta justiça, nem o desqualificar pela sua possível injustiça.

Esclarecendo ainda mais o sentido da ideia de neutralidade, não se trata de afirmar que o jurista – enquanto membro de uma determinada comunidade – seja ou deva ser neutro moral e politicamente em sua convivência social ou em todos os seus escritos sobre o direito. Por certo, tanto Kelsen quanto Hart não eram *neutros* nesse sentido e apenas uma breve olhada em suas biografias deixa claro que os dois jusfilósofos não poderiam ser acusados legitimamente de omissão política, de defenderem o autoritarismo político ou mesmo de serem moralmente conservadores.⁶⁸¹ O que deve ser compreendido é que qualquer adepto do juspositivismo epistemológico sustenta que, apesar de seus valores morais, do seu sentimento pessoal de justiça e de suas convicções políticas, a tarefa do jurista ao fazer *ciência do direito* é descrever seu objeto do modo como ele se apresenta como fenômeno social, e não julgá-lo.

A ideia de neutralidade sustentada pelo juspositivismo não impõe uma obrigação ao jurista de se omitir de criticar a ordem jurídica como moralmente injusta ou politicamente ilegítima. A atitude de julgar ou avaliar política ou moralmente o direito positivo não é vedada ao jurista mas, ao se engajar nessa atividade, ele terá atravessado os limites epistemológicos inerentes a um saber que se pretenda verdadeiramente científico e estará em um campo que Kelsen denominou de *política do direito*.⁶⁸² De tal modo, o que deve ser epistemologicamente repudiado é a atitude

⁶⁷⁹Ver Capítulos 1 (“Direito e Natureza”), 2 (“Direito e Moral”) e 3 (“Direito e Ciência”) de KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito...** Op.Cit. pp.1-119.

⁶⁸⁰Ver Capítulos 4 (“Estática Jurídica”), 5, (“Dinâmica Jurídica”), 6 (“Direito e Estado”), 7 (“O Estado e o Direito Internacional”) e 8 (“Interpretação Jurídica”) de KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito...** Op.Cit. pp. pp.121-397.

⁶⁸¹Nesse sentido, conferir: MÉTALL, Rudolf Aladar. **Hans Kelsen**: vida y obra. México, D.F.: UNAM, 1976; LACEY, Nicola. **A Life of H.L.A. Hart**: the nightmare and the noble dream. Oxford : Oxford University Press, 2012.

⁶⁸² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito...** Op.Cit.p.1, 287,396.

do jurista que se engaja em avaliações de política do direito de modo oculto, escamoteado, camuflado sob a roupagem de objetividade propiciada pela ideia de ciência do direito.⁶⁸³

Frente a tantas confusões acerca do tema e diante da considerável importância da tese para a própria conceituação do positivismo jurídico na contemporaneidade, tentaremos clarificar ainda mais o sentido da ideia de *neutralidade* sustentada pelo *positivismo jurídico epistemológico* realizando algumas considerações a partir do entendimento de Juliano Maranhão.⁶⁸⁴ Segundo o jusfilósofo, para uma boa compreensão do assunto devemos indagar inicialmente: “Com relação a que tipo de valoração a neutralidade se refere?”.⁶⁸⁵ Segundo Maranhão, a explicação de qualquer fenômeno (natural ou social) exige alguma valoração, ou seja, “que o teórico selecione os aspectos que considera mais importantes do fenômeno a ser explicado e o organize de determinada forma, considerando a coerência de sua teoria”.⁶⁸⁶ Todavia, esse tipo de valoração pode ser tomado como insignificante, pois “está presente em qualquer teoria sobre qualquer domínio e não seria, portanto, peculiar ao direito”, sendo que o “tipo de valoração que interessa aqui diz respeito a sua qualificação moral”.⁶⁸⁷

Diferentemente do objeto cognitivo das ciências naturais, o direito positivo é uma prática social complexa que “envolve valorações sobre as ações dos próprios participantes dessa prática”, o que torna questionável a qualidade de uma explicação científica que seja feita “a partir da mera correlação causal de eventos”.⁶⁸⁸ Assim, “[e]xplicar a prática social chamada direito não significa descrever suas causas, mas compreender suas *razões*”.⁶⁸⁹ Como já apontou Hart,⁶⁹⁰ o direito – enquanto prática social *reflexiva* – deve ser compreendido a partir de um ponto de vista *interno*, ou seja, isto significa que “o conteúdo do direito, que determina como *devem* se comportar os

⁶⁸³Kelsen afirmava no prefácio da primeira edição: “Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, a altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito...** Op.Cit.p.XI).

⁶⁸⁴MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

⁶⁸⁵MARANHÃO, Juliano S.A. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo...**Op.cit. p.24.

⁶⁸⁶MARANHÃO, Juliano S.A. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo...**Op.cit. p.25.

⁶⁸⁷MARANHÃO, Juliano S.A. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo...**Op.cit. p.25.

⁶⁸⁸MARANHÃO, Juliano S.A. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo...**Op.cit. p.25.

⁶⁸⁹MARANHÃO, Juliano S.A. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo...**Op.cit. p.25.

⁶⁹⁰HART, H.L.A. **O Conceito de Direito...**Op.Cit. p.115 e ss.

participantes, é identificado a partir das valorações dos próprios sujeitos e agentes dessa prática sobre a forma pela qual se comportam”.⁶⁹¹

Portanto, o problema se coloca da seguinte maneira:

A questão é, então, a possibilidade de apreender essa prática social valorativa sobre como agir, na qual razões morais e políticas estão em jogo nas interações entre os agentes, sem que o observador se envolva nessa mesma justificação moral. Esse é o sentido de neutralidade, não valorativa, mas moral do conhecimento jurídico. Para identificar aquilo que é direito, o jurista precisa identificar um conteúdo moralmente bom ou correto? E o teórico do direito, ao traçar as condições de adequação de uma teoria dogmática deve advogar princípios que entende trazer melhores consequências na identificação do direito?⁶⁹²

Os juspositivistas epistemológicos sustentam a “possibilidade de apurar tais valorações dos participantes como um dado externo objetivo, socialmente identificável, sem necessidade de engajamento em considerações morais”.⁶⁹³ Esse dado externo seria constituído por “atos de vontade identificados como dotados de autoridade”, constituindo o que o direito é, “ainda que seu conteúdo possa ser moralmente reprovável”.⁶⁹⁴ O que o positivismo jurídico epistemológico sustenta é a “neutralidade moral da ciência do direito”, ou seja, “a possibilidade de um conhecimento do direito valorativo, mas moralmente isento”.⁶⁹⁵ Portanto, a questão crucial para o positivismo jurídico enquanto empreendimento epistemológico não consiste na negação do caráter axiológico do direito positivo como afirmam os neoconstitucionalistas brasileiros, mas sim na “*possibilidade de identificar, objetivamente, quais razões morais foram efetivamente endossadas pelas escolhas dotadas de autoridade*”.⁶⁹⁶ O juspositivismo epistemológico sustenta que a identificação e a descrição do direito positivo, “apesar de envolver valorações, não

⁶⁹¹MARANHÃO, Julianio S.A. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**...Op.cit. p.25.

⁶⁹²MARANHÃO, Julianio S.A. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**...Op.cit. p.25. A ideia de uma neutralidade valorativa, mas moralmente neutra é explicada do seguinte modo: “ambas as correntes [v.g. inclusivistas e exclusivistas], apesar de discordarem das caracterizações propostas por uma e outra, creem e defendem que há uma determinação externa e contingente do conteúdo das normas jurídicas, o que fica bem marcado no epíteto positivista «qualquer conteúdo pode ser conteúdo. do direito»: Existe uma realidade externa, mesmo que captada pela perspectiva dos participantes, que não se confunde com a perspectiva do observador. E isso é o que permite a compreensão do direito de forma valorativa, mas moralmente neutra”. (MARANHÃO, Julianio S.A. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**...Op.cit. p. 77).

⁶⁹³MARANHÃO, Julianio S.A. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**...Op.cit. p.25.

⁶⁹⁴MARANHÃO, Julianio S.A. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**...Op.cit. p.25.

⁶⁹⁵MARANHÃO, Julianio S.A. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**...Op.cit. p.32.

⁶⁹⁶MARANHÃO, Julianio S.A. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**...Op.cit. p.77.

significa que deva haver engajamento em argumentação sobre seu valor moral” e, portanto, uma “epistemologia jurídica pode ser concebida como valorativa, mas moralmente neutra”.⁶⁹⁷ Este é o sentido da ideia de neutralidade sustentada pelos juspositivistas epistemológicos.

Em síntese, a adoção da *tese epistêmica geral* pelo juspositivismo epistemológico não impede que o teórico ou o cientista do direito lide com uma Constituição com grande carga axiológica – ou seja, uma Constituição com reconhecida força normativa que “positiva” valores em seu texto – descrevendo-a de modo neutro, sem se engajar em sua crítica ou justificação política ou moral.⁶⁹⁸

4.7 O POSITIVISMO JURÍDICO E O DIREITO ESTATAL: UMA REJEIÇÃO TEÓRICA DO PLURALISMO JURÍDICO?

Não raro, o positivismo jurídico também é acusado de reduzir a totalidade do direito positivo à legislação estatal, defendendo uma teoria monista das fontes jurídicas, ou seja, que afirma que o fenômeno jurídico é constituído apenas pelo conjunto de leis produzidas pelo Estado. A visão contraposta a esta seria o pluralismo jurídico.⁶⁹⁹ Em que pese o problema demandar uma análise mais detida e profunda, nos limitaremos aqui apenas a realizar alguns apontamentos gerais com a finalidade de desfazer alguns equívocos teóricos cometidos pela doutrina jurídica nacional. De tal modo, podemos indagar: um juspositivista epistemológico está comprometido com a afirmação de que o único produtor do direito positivo é o Estado? Para irmos direto ao ponto, é possível afirmar que não. Não há nada que evidencie uma contraposição

⁶⁹⁷MARANHÃO, Juliano S.A. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**...Op.cit. p.173.

⁶⁹⁸Demonstrando que a adoção do positivismo jurídico como modelo epistemológico de compreensão, identificação e descrição do direito positivo nos Estados Constitucionais não implica a adoção de posturas (morais ou políticas) conservadoras, ver: SEBOK, Anthony. **Legal Positivism in American Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

⁶⁹⁹Por pluralismo jurídico, entende-se: “1. Em *direito*: a) Existência simultânea, no seio de uma mesma ordem jurídica, de regras de direito diferentes aplicando-se a situações idênticas; b) Coexistência de pluralidade de ordens jurídicas distintas estabelecendo ou não relações de direito entre si”. (Verbete “Pluralismo Jurídico”. In: ARNAUD, André-Jean. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.585; ver também 585-590; a obra destaca que o termo *pluralismo jurídico* é usado de modo ambíguo tanto para se referir a um modo de organização social como a uma teoria sobre este modelo de organização). Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos para uma nova cultura do direito. 3ed. São Paulo: Alga Ômega, 2001. HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

necessária entre positivismo jurídico epistemológico e pluralismo jurídico. As razões para tal afirmação são discriminadas abaixo.

Assim como ocorreu anteriormente em outras críticas ao positivismo jurídico, trata-se de uma confusão por parte dos críticos entre os níveis de linguagem jurídica, ou seja, entre o que acontece no âmbito do fenômeno jurídico positivo e o que se afirma no plano teórico do direito. Se presamos pela boa compreensão dos problemas teóricos do direito, consideraremos importante levar a sério a diferenciação entre o que acontece nesses dois níveis atentando-nos para não confundi-los. Assim, podemos apontar duas coisas distintas: (i) um *estadualismo* no plano da prática jurídica, como processo político de centralização das fontes jurídicas na figura do Estado, historicamente observado na cultura jurídica europeia no período da Modernidade; (ii) um *estatalismo* doutrinário, como um discurso que sustenta a tese de que apenas as normas emitidas pelo Estado podem ser caracterizadas como direito positivo. Ainda que se reconheça a “circularidade da cultura jurídica”,⁷⁰⁰ ou seja, a existência de uma influência recíproca entre os discursos que compõem o fenômeno jurídico (às vezes denominados de “baixa cultura jurídica”) e os discursos que versam sobre o fenômeno jurídico (“alta cultura jurídica”), que constantemente se retroalimentam, é fundamental que o teórico do direito não confunda estes níveis de linguagem.

Independentemente da possibilidade de avaliarmos o que chamamos acima de *estadualismo* como um processo benéfico ou danoso para a cultura jurídica, é preciso reconhecer que ele foi um fenômeno político ocorrido no plano histórico: a centralização das fontes jurídicas na figura do Estado Moderno, em especial, por meio do processo de codificação.⁷⁰¹ O historiador do direito Paolo Grossi denominou de *absolutismo jurídico* esse processo em que o “problema da produção jurídica é subtraído a diferentes órgãos, reservado ao próprio Estado e reduzido – em sua quase totalidade – ao único canal obrigatório da lei, expressão da vontade exclusiva do macrocosmo Estado”.⁷⁰² Trata-se de uma forma empírica de organização sócio-

⁷⁰⁰Cf. LOPES, Luís Fernando Pereira. "A circularidade da cultura jurídica: notas sobre o conceito e sobre método" In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Nova História Brasileira do Direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012. pp. 31-53.

⁷⁰¹Cf. HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**. Síntese de um Milênio. Coimbra: Almedina, 2012. p.329 e ss.; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da Codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997; CAPPELLINI, Paolo. **Sistema Jurídico e Codificação**. Curitiba: Juruá, 2007.

⁷⁰²GROSSI, Paolo. **A Ordem Jurídica Medieval**. Trad. Denise Rossato Agostinetti, ver. Ricardo Marcelo Fonseca. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p.61. Para o aprofundamento no tema, ver:

política da própria comunidade, que decidirá – não sem uma série de conflitos internos entre os grupos que a compõe – se reconhecerão legitimamente apenas as normas produzidas pelo Estado burocrático como jurídicas ou não. Uma sociedade pode ter sua produção jurídico-normativa centralizada na figura do Estado ou não, e isso dependerá muito de onde se encontram as fontes autoritativas reconhecidas pelos membros da própria sociedade. Nesse sentido, segundo corretamente destaca Antonio Manuel Hespanha, as questões relativas ao monismo ou ao pluralismo jurídico referem-se aos “próprios grupos humanos – a sua diversidade de maneiras de ver o mundo, as relações dele com os homens e as que os homens mantêm entre si”.⁷⁰³ Monismo (*estadualismo*) ou pluralismo jurídico são opções políticas feitas pela própria sociedade no âmbito da constituição do fenômeno jurídico.

A questão importante aqui é: enquanto discurso teórico sobre o direito positivo, o positivismo jurídico epistemológico estaria comprometido com a afirmação de que apenas as normas emitidas pelo Estado podem ser caracterizadas como direito positivo (*estatalismo doutrinário*) ou seria compatível com o reconhecimento de várias fontes de normatividade jurídica no âmbito social (*pluralismo jurídico*)? Historicamente, foi o juspositivismo ideológico – também chamado de paleo-juspositivismo, que sustentou não apenas o *estatalismo* no plano doutrinário, enquanto teoria monista das fontes jurídicas, em detrimento da juridicidade das normas consuetudinárias e das normas provenientes da prática jurisprudencial – mas também afirmou que apenas as leis estatais eram politicamente legítimas e moralmente justas.⁷⁰⁴

Todavia, não cabe a uma teoria do direito que pretenda ser meramente descritiva do direito positivo dizer como uma sociedade deve se organizar do ponto

GROSSI, Paolo. **Assolutismo Giuridico e Diritto Privato**. Milão: Giuffrè, 1998; GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004. p. 118 e ss.; GROSSI, Paolo. **A Ordem Jurídica Medieval**... Op.Cit. pp. 23, 60 e 278. GROSSI, Paolo. “Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX” In: *Rivista di Storia del Diritto Italiano*. N.64, Roma, 1991. pp. 5-17; GROSSI, Paolo. “Epicedio per l’assolutismo giuridico”. In: **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**. N. 17, Milano: Giuffrè, 1988. pp. 517-532. Este último estudo foi publicado no Brasil como: GROSSI, Paolo. **História da Propriedade e Outros Ensaios**. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 123-137. GROSSI, Paolo. “Absolutismo jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito)” In: **Revista DireitoGV**. v.1, n. 2. Jun-Dez 2005 pp. 191-200.

⁷⁰³HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo Jurídico**...Op.Cit. p.13.

⁷⁰⁴Basta lembrarmos da Escola da Exegese em França: BONNECASE, Julien. **La Escuela de La Exegesis en Derecho Civil**. México D.F.: Cajica, 1944; BONNECASE, Julien. **La Pensée Juridique Française: de 1804 à l’heure présente**. Bordeaux: Delmas, 1933. ROBLES, Gregorio. **Teoría del Derecho**. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho. Vol. I. 3ª ed. Cizur Menor: Civitas, 2010. pp. 438-440.

de vista político-jurídico, ou seja, se ela (v.g. a sociedade) deve reconhecer apenas as leis estatais como direito positivo ou se deve reconhecer, paralelamente, outras fontes de juridicidade. Uma perspectiva teórica que se pretenda descritiva do direito positivo e que sustente a tese do *estatalismo* doutrinário produzirá uma descrição deficiente ou mesmo falsa do direito positivo de uma sociedade que vivencia, na prática, o pluralismo jurídico.

Valendo-se da classificação de Chiassoni apresentada no capítulo anterior, o *estatalismo* doutrinário ou *teoria estatal legalista do direito* (como denomina o jusfilósofo de Gênova) é uma “pseudo-teoria” do direito, o que quer dizer uma tese ideológica disfarçada de teoria.⁷⁰⁵ O positivismo jurídico epistemológico não identifica o conceito de direito positivo com as leis estatais. De tal modo, reafirma-se, não há nada que evidencie uma incompatibilidade intrínseca entre a adoção do positivismo jurídico epistemológico enquanto postura metodológico-científica e a descrição moralmente neutra de um ordenamento jurídico em que se verifique a vivência prática do pluralismo jurídico.⁷⁰⁶ A própria tese positivista da convencionalidade das fontes sociais, explicada no capítulo anterior, é suficiente como contra-argumento apto a demonstrar o equívoco da afirmação de identificação entre o positivismo jurídico e o monismo estatal.

Além da confusão entre juspositivismo ideológico e juspositivismo epistemológico, essa compreensão equivocada também parece estar fundada numa má leitura da teoria pura kelseniana, em especial acerca de sua afirmação de que “o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito”.⁷⁰⁷ Kelsen não afirma que apenas o Estado pode produzir o direito positivo, e sim que como “organização política, o Estado é uma ordem jurídica. Mas nem toda ordem jurídica é um Estado”.⁷⁰⁸ Isto, pois, “[n]em a ordem jurídica pré-estadual da sociedade primitiva, nem a ordem jurídica internacional supraestadual (ou interestadual) representam um

⁷⁰⁵CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p.98. Isto, pois, como já apontamos anteriormente, a ideia que denominamos de *estadualismo* doutrinário “não se limita a *descrever* de modo desapassionado e pontual as características essenciais da experiência jurídica dos Estados legislativos do século XIX”, ao contrário, ela “adota, defende e propaga a ideologia correspondente [...] sobrepondo-a à realidade, com resultados deformantes”. Esta ideologia novecentista corresponde aos seguintes elementos: “supremacia da lei, separação de poderes, onipotência, racionalidade e bondade do legislador, princípio da legalidade da jurisdição e sujeição do juiz 'mero aplicador', cientificidade da jurisprudência”. (CHIASSONI, Pierluigi. **El Discreto Placer**...Op.Cit. p. 99).

⁷⁰⁶Tanto que Antônio Manuel Hespanha afirma: “Neste sentido, o realismo hartiano é um tipo (moderadamente) inclusivo de positivismo, bem adequado a uma ordem jurídica complexa, pluralista e dinâmica”. (HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo Jurídico**...Op.Cit. p.171).

⁷⁰⁷KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**... Op.Cit. p.353.

⁷⁰⁸KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**... Op.Cit.p.317.

Estado”.⁷⁰⁹ Ou seja, claramente a teoria pura do direito não reduz o direito positivo à legalidade estatal.

A dificuldade maior de um cientista do direito – que assuma a teoria pura kelseniana como base teórico-epistemológica para descrição do direito positivo de uma sociedade marcada pela pluralidade de “ordenamentos” jurídicos – seria inferir corretamente a *norma fundamental* (hipotética ou ficcional) de um modo que o permita captar e compreender os critérios básicos adotados por tal sociedade para diferenciar o que é jurídico do não-jurídico. Esta tarefa seria fundamental para se promover uma descrição e uma sistematização de tais “ordenamentos” que correspondesse à realidade normativa do fenômeno jurídico (proposições normativas que sejam verdadeiras) experienciada por tal sociedade. Em suma, a crítica de que o positivismo jurídico epistemológico estaria comprometido com a afirmação do monismo jurídico (*estatalismo doutrinário*) no plano das fontes do direito positivo deve ser completamente rejeitada como falsa.

4.8 O POSITIVISMO JURÍDICO E A INTERPRETAÇÃO MECÂNICA OU LÓGICO-DEDUTIVA

A crítica mais recorrente ao positivismo jurídico epistemológico no discurso neoconstitucional predominante no cenário brasileiro, sustentada pela vertente idealista do pós-positivismo em sentido forte, parece ser a acusação de que o positivismo sustentaria o *formalismo interpretativo*, ou seja, uma teoria da *interpretação mecanicista do direito*. Abordamos esse ponto apenas de passagem nos tópicos anteriores, afirmando-se que o positivismo jurídico epistemológico de Hans Kelsen e de H. L. A. Hart, por exemplo, são frontalmente contrários ao *formalismo interpretativo*.

O próprio Hart ressalta que nem sempre é claro identificar qual é o vício exatamente referido pelos termos “formalismo”, “conceptualismo” ou “jurisprudência mecânica”.⁷¹⁰ Todavia, podemos entender o *formalismo interpretativo* como sendo uma atitude acerca de como são tomadas as decisões jurídicas pelos órgãos decisórios – em especial, acerca de como se dá o raciocínio judicial – que consiste

⁷⁰⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**... Op.Cit.p.317.

⁷¹⁰ HART. H.L.A. **O Conceito de Direito**...Op.Cit. p.168. Cf. POUND, Roscoe. “Mechanical Jurisprudence” In: **Columbia Law Review**, Volume 8. 1908. pp. 605-623.

em tratar uma determinada solução jurídica como sendo inexorável, como única solução possível e correta a ser dada a um determinado caso quando, na verdade, não passa de uma escolha entre as possíveis soluções viáveis.⁷¹¹

O formalismo interpretativo possuiria algumas características, tais como: (i) a negação de escolhas interpretativas quando elas de fato existem; (ii) a negação de que o raciocínio judicial de aplicação do direito envolva argumentos políticos, consequentialistas ou ainda morais; (iii) a interpretação da norma jurídica é vista como sendo um processo em que se busca extrair da lei o seu verdadeiro sentido, o que seria possível pela utilização dos cânones de interpretação de Savigny; (iv) a afirmação de que o processo de aplicação judicial do direito é neutro e se dá por meio de uma inferência lógico-dedutiva de subsunção do fato (premissa menor) à norma jurídica (premissa maior); (v) a adjudicação, portanto, consistiria na mera declaração do direito previamente criado pelo legislador ao caso concreto e nunca seria uma criação *ad hoc* do direito.⁷¹²

Como apontamos anteriormente, tanto Kelsen quanto Hart reconhecem de modo explícito uma ampla margem de liberdade interpretativa por parte dos juízes em razão da incontornável indeterminação do direito no processo de aplicação e ambos criticaram a ideia de que sempre e para cada caso haverá uma resposta previamente estabelecida no sistema jurídico. Em Kelsen, a aplicação judicial do direito é “um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva” (moldura da norma) que não declara, mas cria direito – a regra concreta como especificação da regra geral.⁷¹³

Nesse processo de aplicação como ato de vontade poderia ocorrer, inclusive, do órgão jurídico não optar uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, mas produzir “uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”.⁷¹⁴ Em Hart, a linguagem do direito possui uma “textura aberta”, ou seja, a incerteza nas zonas limítrofes que torna impossível eliminar a existência de uma “dualidade entre um núcleo de certeza e uma

⁷¹¹HART. H.L.A. **O Conceito de Direito**...Op.Cit. p.168; STRUCHINER, Noel. Verbete “Formalismo jurídico”. In: BARRETO, Vicente de Paula (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. pp.363-366.

⁷¹²Cf. STRUCHINER, Noel. Verbete “Formalismo jurídico”...Op.Cit. p.366.

⁷¹³KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**... Op.Cit. p.394.

⁷¹⁴KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**... Op.Cit. p.394.

penumbra de dúvida quando procuramos acomodar situações particulares ao âmbito de normas gerais”.⁷¹⁵ Nesses casos, “a autoridade encarregada de estabelecer as normas deve evidentemente exercer sua discricionariedade”, não havendo “possibilidade de tratar a questão levantada pelos vários casos como se pudesse ser resolvida por uma única solução correta *a priori*”.⁷¹⁶

A crítica neoconstitucionalista feita no Brasil à interpretação silogística somente tem validade à medida que é compreendida como sendo endereçada às teorias do direito que compunham o positivismo jurídico ideológico do século XIX. Todavia, essas críticas ao “juiz boca da lei” já eram feitas com décadas de antecedência ao *neoconstitucionalismo* pelos próprios juspositivistas epistemológicos. Ao enfatizar ampla liberdade judicial, o neoconstitucionalismo à brasileira, especificamente a vertente do pós-positivismo idealista, se aproxima do positivismo jurídico epistemológico e se distancia das teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, que justamente se empenham em negar a existência da discricionariedade judicial ou, ao menos, em reduzi-la significativamente por meio da adoção de uma teoria da argumentação jurídica.

Nenhum juspositivista epistemológico sustenta que os juízes de fato tomam suas decisões judiciais por meio de um processo lógico dedutivo. Todavia, isso não significa que o raciocínio dedutivo não seja importante para as decisões judiciais. Como ressalta MacCormick, o “que precisa ser entendido é que o silogismo desempenha um papel estruturante fundamental no pensamento jurídico, ainda que este não seja exaurido por essa estrutura apenas”, ou seja, a “lógica formal e a dedução importam no Direito”.⁷¹⁷ Nesse sentido, a importância do silogismo dedutivo no âmbito do raciocínio jurídico não é representar o processo psicológico percorrido pelo intérprete judicial para aplicar o direito ao caso concreto, mas ser um instrumento racional para verificar se uma determinada decisão judicial se encontra racionalmente justificada.

Para se compreender a atualidade da lógica dedutiva no raciocínio jurídico é importante ressaltar duas importantes distinções feitas no âmbito da teoria da

⁷¹⁵HART. H.L.A. **O Conceito de Direito**...Op.Cit. p.158.

⁷¹⁶HART. H.L.A. **O Conceito de Direito**...Op.Cit. p.171.

⁷¹⁷MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.44.

argumentação jurídica *standard*:⁷¹⁸ (a) entre *contexto de descoberta* e *contexto de justificação*, muito conhecida entre os filósofos da ciência; (b) entre *justificação interna* e *justificação externa*.

(a) Como aponta Atienza, “uma coisa é o procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão, e outra coisa é o procedimento que consiste em justificar essa premissa ou conclusão”.⁷¹⁹ Assim, enquanto o *contexto de descoberta* corresponde ao processo mental ou percurso psicológico que leva um indivíduo a aceitar a plausibilidade de uma determinada conclusão como sendo correta, o *contexto de justificação* consiste no procedimento de tentar demonstrar, argumentativamente, que a conclusão produzida pelo raciocínio é verdadeira ou correta. No plano do contexto de descoberta, “cabe unicamente mostrar como se gera e se desenvolve o conhecimento científico, o que constitui tarefa para o sociólogo e historiador da ciência”.⁷²⁰ A distinção conceitual é útil à medida que destaca que explicar uma tese é diferente de justificá-la. É importante traçar a distinção entre as causas psicológicas, o contexto social, as circunstâncias e etc., que levaram um juiz de direito a tomar uma determinada decisão jurídica, e as razões dadas por ele para mostrar que sua decisão é correta ou aceitável (v.g. que está justificada). De tal modo, a importância da lógica dedutiva se encontra no âmbito do contexto de justificação das decisões judiciais.

(b) Um raciocínio jurídico precisa ser justificado de dois modos distintos e, por isso, fala-se em *justificação interna* e *justificação externa*. Estas categorias foram propostas, inicialmente, por Jerzy Wróblewski e a terminologia acabou sendo amplamente aceita no meio teórico.⁷²¹ A *justificação interna* diz respeito à correção lógica do raciocínio, ou seja, é preciso que a inferência (a passagem das premissas para a conclusão) seja feita de modo logicamente válido. Assim, um raciocínio jurídico é considerado internamente justificado quando ele se encontra estruturado

⁷¹⁸Manuel Atienza afirma que as teorias desenvolvidas por Alexy e MacCormic podem ser consideradas como teorias da argumentação jurídica *standard* ou padrão. Cf. ATIENZA, Manuel. [1991] **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy. 2003. p.117,118.

⁷¹⁹ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**...Op.Cit. p.20.

⁷²⁰ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**...Op.Cit. p.20. Cf. REICHENBACH, Hans. [1951] **The Rise of Scientific Philosophy**. Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1968, p.231.

⁷²¹WRÓBLEWSKI, Jerzy. “Legal decision and its justification”. In: **Lê Raisonnement Juridique**: actas del Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social (HUBIEN, H. org.). Bruxelas, 1971, pp. 409-419; WRÓBLEWSKI, Jerzy. “Legal syllogism and rationality of judicial decision”. In: **Rechtstheorie**, núm. 5, 1974, págs. 33-46; Cf. ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**...Op.Cit. p. 39,40.

corretamente do ponto de vista formal.⁷²² A *justificação externa*, por sua vez, diz respeito à veracidade das premissas estabelecidas no raciocínio jurídico, ou seja, é preciso que o conteúdo das premissas seja considerado verdadeiro ou aceito como correto.

Essa distinção é importante conforme compreendemos que esses dois modos de justificação são autônomos ou independentes um do outro.⁷²³ Nesse sentido, (a) um raciocínio jurídico pode estar externamente justificado sem estar justificado internamente, sendo possível conceber também (b) um raciocínio que seja válido do ponto de vista interno, mas inválido do ponto de vista externo. Com isso, não se quer dizer que as decisões judiciais de fato sejam produzidas de modo a estarem logicamente formalizadas, mas que as razões expostas por um juiz em sua decisão devam ser passíveis de uma reconstrução racional na forma de um silogismo deôntico para que a decisão seja considerada justificada.

Entretanto, a lógica não é importante para os juristas apenas no âmbito da verificação da justificação racional das decisões judiciais. A própria ideia de possibilidade de construção de um saber jurídico científico autônomo em relação às demais ciências está estreitamente ligado ao papel desempenhado pela lógica no conhecimento jurídico, tanto que boa parte da discussão jusfilosófica do século XX girou em torno da possível existência de uma “lógica jurídica”. O que importa assinalar brevemente aqui é que a lógica se desenvolveu significativamente nos últimos dois séculos,⁷²⁴ a partir de sua “simbolização” ou “matematização”,⁷²⁵ não havendo justificativa para a rejeição do seu uso no âmbito do conhecimento científico do direito por parte dos juristas.

Com os estudos de Georg Henrik von Wright, por exemplo, foi possível conceber uma “lógica deôntica” (que trabalha com três operadores básicos: “permitido”, “proibido” e “obrigatório”), própria para a racionalização de enunciados

⁷²²ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**...Op.Cit. p. 40.

⁷²³ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**...Op.Cit. p. 40.

⁷²⁴ Cf. KNEALE, William; KNEALE, Martha. **O Desenvolvimento da Lógica**. Trad. M.S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

⁷²⁵Este desenvolvimento moderno se inicia com a publicação da obra *An investigation of the laws of thought* (1849) de George Boole, com a proposição do que hoje denominamos *álgebra booleana*. O grande avanço, porém, se deu com a obra *Conceitografia* (“*Begriffsschrift*”) de Gottlob Frege, em 1879. Cf. BOOLE, George. [1849] **An Investigation of the Laws of Thought**: on which are founded the mathematical theories of logic and probabilities. New York: Dover, 1958; FREGE, Gottlob. **Lógica e Filosofia da Linguagem**. 2ª ed. Trad. Paulo Alcoforado. São Paulo: Edusp, 2009.

prescritivos, típicos da moral e do direito.⁷²⁶ Na verdade, o desenvolvimento recente dessa área de conhecimento foi tamanho que seria mais propício falar atualmente em “lógicas” ao invés de “lógica”, como faz Susan Haack.⁷²⁷ Nesse sentido, uma das maiores contribuições foi dada por Newton da Costa ao criar a Lógica Paraconsistente – quando, diferentemente de Aristóteles, entendeu que a mera contradição não conduz à trivialidade, ou seja, que é possível trabalhar racionalmente com proposições contraditórias.⁷²⁸ No âmbito da teoria do direito brasileira, em vários estudos distintos, Cesar A. Serbena demonstra a possibilidade de se trabalhar com essa perspectiva no plano do conhecimento científico-jurídico por meio da adoção de uma *lógica deôntica paraconsistente* como modo de se pensar problemas complexos no direito.⁷²⁹ Longe de serem inadequadas para estruturar o saber jurídico, como se tornou comum afirmar na teoria do direito brasileira, as lógicas contemporâneas constituem uma ferramenta fundamental para a constituição de um modelo epistemológico de ciência do direito que tenha por objetivo a compreensão racional de seu objeto (v.g. o direito positivo).

Portanto, é possível concluir este tópico afirmando que: o positivismo jurídico epistemológico não sustenta uma teoria da *interpretação mecanicista do direito*, aqui denominada de *formalismo interpretativo*; enquanto concepção teórica que visa apenas descrever o direito positivo, o juspositivismo epistemológico se preocupa com o processo de aplicação do direito (adjudicação) tangencialmente e apenas na medida em que ele importa para a identificação do direito positivo; o juspositivismo epistemológico não nega que os juízes, por vezes, utilizam argumentos políticos, consequencialistas e morais na fundamentação de suas decisões judiciais (às vezes

⁷²⁶VON WRIGHT, Georg Henrik. “Deontic Logic”. In: **Mind**. New Series, v. 60, n. 237, jan., 1951. pp. 1-15; VON WRIGHT, Georg Henrik. **Norm and Action: a logical enquiry**. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1963; VON WRIGHT, Georg Henrik. “Norms, Truth and Logic”. In: **Practical Reason**. Blackwell, 1983, pp. 130-209. Para uma introdução ao tema, ver: GARCIA, Gustavo Vieira Vilar. **Norma, Ação e Proposição: a lógica deôntica entre o dever-ser e o dever-fazer**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 2016; NAVARRO, Pablo; RODRÍGUEZ, Jorge. **Deontic Logic and Legal Systems**. New York: Cambridge University Press, 2014

⁷²⁷HAACK, Susan. [1978] **Filosofia das Lógicas**. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

⁷²⁸DA COSTA, Newton. C.A. **Sistemas Formais Inconsistentes**. Curitiba, Editora da UFPR, 1993; DA COSTA, N.C.A. “A importância Filosófica da Lógica Paraconsistente”. Trad. Décio Krause. In: **Boletim da Sociedade Paranaense de Matemática**, 1990. Publicado originalmente em **Journal of Non Classical Logic**, v. 1, n. 1, p. 1-19, 1982.

⁷²⁹SERBENA, Cesar A. **Direito, Lógica e Paraconsistência: conflitos entre normas, contradições e paradoxos nos Sistemas Jurídicos**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016; SERBENA, Cesar A. **Lógica e Direito: elementos para uma reconstrução formal do raciocínio jurídico**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 2002; DA COSTA, Newton C.A.; SERBENA, Cesar A.; VALLE, Maurício. D. T. “A lógica hodierna e a ciência do direito”. In: CARVALHO, Paulo de Barros; BRITTO, Lucas Galvão de. (Org.). **Lógica e Direito**. 1ed.São Paulo: Noeses, 2016, v. , p. 187-247; SERBENA, Cesar. A.; CELLA, José Renato.G. ; ROVER, Aires J. “Conexões entre moral e direito de um ponto de vista lógico”. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, v. 232, 2009.

até mesmo para afastar a incidência de uma regra jurídica ao caso concreto);⁷³⁰ por ser uma teoria descritiva e não prescritiva do direito, não é da alçada do positivismo jurídico epistemológico dizer como os juízes devem decidir os casos que estão sob julgamento – nada obstando que se adote uma teoria da argumentação jurídica de caráter prescritivo baseada em um conceito positivista de direito (*tese da separabilidade e tese das fontes sociais*) de forma a complementar a descrição do direito com orientações aos juízes na tarefa de aplicação do direito (“pós-positivismo” em sentido fraco); o fato de os juízes não decidirem casos concretos de modo silogístico na prática jurisprudencial cotidiana não significa que a lógica dedutiva não importe no âmbito das teorias da argumentação jurídica, pois o silogismo deôntico é fundamental como instrumento de racionalidade para a verificação da justificação interna das decisões judiciais.

4.9 O POSITIVISMO JURÍDICO E A LEGITIMAÇÃO DO TOTALITARISMO: HÁ UM DEVER MORAL DE OBEDIÊNCIA INCONDICIONAL AO DIREITO?

O argumento mais recorrente do neoconstitucionalismo brasileiro para sustentar a superação do positivismo jurídico na contemporaneidade seria o fato de que, ao igualar o direito à lei, ao afirmar que qualquer conteúdo pode ser direito e ao pregar a neutralidade, o juspositivismo teria legitimado as atrocidades e as violações da dignidade humana cometidas pelos Estados totalitários (nazismo, fascismo, etc.) por meio da lei durante a II Guerra Mundial. Sustenta-se que “é precisamente a característica avaliativa do Direito Positivo que permitiu a experiência do Estado totalitário [...]. A justiça ou injustiça de suas normas nunca foram questionadas”⁷³¹ e

⁷³⁰ Cf. HART, H.L.A. “The Ascription of Responsibility and Rights”. In: **Proceedings of the Aristotelian Society**. v. XLIX. Londres: Harrison & Sons, 1948. p. 171-194; SARTOR, Giovanni. “Defeasability in Legal Reasoning”. In: **Rechtstheorie**. Zeitschrift für Logik und Juristische Methodenlehre, Allgemeine Rechts- und Staatslehre, Kommunikations-, Normen- und Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts 24. Band, Heft 3, Berlin: Duncker & Humblot, 1993. pp.281-316; D’ALMEIDA, Luís Duarte. **Allowing for Exceptions: a theory of defences and defeasibility in Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica Jurídica e Derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010; SERBENA, Cesar A. “Derrotabilidade: um modelo para pensar os princípios”. In: **Anuario Área Socio Jurídica - Facultad de Derecho – Udelar**. Tema: La investigación socio-jurídica en la Facultad de Derecho: desafíos de investigación. v. 9, 2016. p. 180-188;; SERBENA, Cesar A. “Normas jurídicas, inferência e derrotabilidade”. SERBENA, Cesar A. (Org.). **Teoria da Derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações**. Curitiba: Juruá, 2012. pp.13-41.

⁷³¹ALMEIDA, Guilherme Assis de; CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. **Ética e Direito: uma perspectiva integrada**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 18.

afirma-se que “os juízes alemães adotaram, no período nazista, o positivismo jurídico na versão kelseniana”, o “que evidenciaria a necessidade de substituir o positivismo por uma teoria baseada nos valores e na ‘ética’, celebrando o ‘retorno do direito aos valores’”.⁷³²

Tal argumento objetiva demonstrar a “morte” do positivismo jurídico após a derrota do nacional-socialismo. Como aponta Nojiri, segundo “esse pensamento, o nazismo estaria indissociavelmente relacionado ao positivismo jurídico, tendo como o maior de todos os vilões Hans Kelsen, o grande mentor intelectual dessa teoria do direito, cruel e imoral”.⁷³³ Trata-se do que se convencionou denominar de *reductio ad Hitlerum*.⁷³⁴ Portanto, indagamos: o juspositivismo epistemológico – em especial a teoria pura do direito de Hans Kelsen – realmente desempenhou um papel de legitimação ou justificação do direito nos Estados totalitários?

A primeira enunciação desta crítica parece ter sido feita por Gustav Radbruch quando, aos 67 anos, após a queda do regime nacional-socialista, redige em 1946 o famoso artigo “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”.⁷³⁵ Logo no primeiro minuto, Radbruch afirma que a ideia de que a “concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas”, tendo tornado “equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro”.⁷³⁶

Abordaremos essa crítica de dois modos distintos: (i) primeiro, analisando do ponto de vista empírico se os juristas alemães (doutrinadores e juízes) do período nazista realmente sustentavam uma concepção juspositivista de direito, em particular, aquela apresentada pela teoria pura do direito kelseniana; e, posteriormente, (ii) verificando a validade da crítica de Radbruch ao positivismo jurídico (em especial,

⁷³²DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**...Op.cit. p.257,258. Nesse sentido, Jean-Louis Bergel afirma o seguinte sobre o positivismo jurídico: “Mas percebemos os perigos de tal renado do Estado e da força. Os piores abusos e os mais atrozes excessos poderiam assim ser *legitimados*. A arbitrariedade, o desprezo pelo homem, todas as barbaridades e todas as injustiças, os totalitarismos mais sanguinários poderiam, dentro dessa perspectiva, ser consagrados pelo direito”. (BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Maria Emantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 17).

⁷³³NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus**...Op.Cit. p.372.

⁷³⁴DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**...Op.cit. p.257 e ss.; TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei**...Op.Cit.pp.104-107; MATOS, Andytiás Soares de Moura. “Positivismo Jurídico e Autoritarismo Político: a Falácia da Reductio ad Hitlerum”. In: MATOS, Andytiás Soares de Moura. **Contra Natvram**. Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico. Curitiba Juruá,2013.

⁷³⁵RADBRUCH, Gustav. “Cinco minutos de filosofia do direito”. In: RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1997. pp.415-418.

⁷³⁶RADBRUCH, Gustav. “Cinco minutos...”Op.Cit. p.415.

rejeitando-se a *tese da separabilidade conceitual entre o direito e a moral*) a partir do entendimento de H.L.A. Hart.

(i) é possível afirmar que os juristas alemães no período nacional-socialista (ou ao menos a maioria deles) eram juspositivistas ou simpatizantes da teoria pura do direito criada por Hans Kelsen? A resposta pode ser enunciada de modo direto e claro: não. Como afirma Nojiri, afirmar que “o positivismo, principalmente o kelseniano, fundamentou ou legitimou os regimes ditatoriais do século XX, é incorrer em tremenda mentira histórica, para dizer o menos”.⁷³⁷ Podemos afirmar isso com segurança em razão de uma série de fatores. Hans Kelsen não era alemão e era proveniente de uma família judaica, o que certamente não contribuía para sua popularidade na Alemanha nacional-socialista.⁷³⁸ Ao contrário do que afirma o discurso neoconstitucionalista no Brasil, “o positivismo jurídico, naquele tempo, era uma teoria jurídica minoritária e fortemente repudiada pelo social-nacionalismo alemão”⁷³⁹ e os nomes mais expressivos da literatura jurídica alemã desse período (como Karl Larenz, Hennann Weinkauff e Carl Schmitt, por exemplo) sustentavam uma teoria anti-positivista, afirmando o “*direito é aquele que os arianos sentem como direito*”, isto é, a “*expressão imediata da comunidade de sangue, e não da estatuição individual*”, intencionando não a descrição do direito vigente, mas sim “oferecer ao nacional-socialismo um instrumento para modificar, completar e cancelar o direito vigente herdado do passado”.⁷⁴⁰ Por fim, as evidências apontam que, quando os nazistas chegam ao poder, encontram uma judicatura ideologicamente próxima e favorável, que não se

⁷³⁷NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus...**Op.Cit. p.229.

⁷³⁸Nesse sentido, Juan Antonio Garcia Amado aponta que a enciclopédia alemã Meyers Lexikon (edição de 1939), afirmava sobre Kelsen: “[...] representante radical da “teoria pura do direito” que é a típica expressão do destrutivo espírito judeu dos anos do pós-guerra no campo da doutrina jurídica e do Estado. Com seu completo esvaziamento de todo conteúdo real mediante a formulação de conceitos gerais e formais, Kelsen nega toda a substância do Direito e do Estado. Suas concepções destruidoras da comunidade estão, enquanto expressão do nihilismo político, em completo contraste com os pontos de vista nacional-socialistas. (ENGLARD, Izhak. “Nazi criticism against the normativist theory of Hans Kelsen: its intellectual basis and post-modern tendencies”. *Apud* GARCIA AMADO, Juan Antonio. “Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?” *In: El Derecho y sus Circunstancias*: nuevos ensayos de filosofía jurídica. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2010. nota de rodapé I 8, p. 395, tradução de Sérgio Nojiri). Cf. MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen**: vida y obra. Trad. Javier Esquivel. México, DF: UNAM, 1979. KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**. 2ª edição. Trad. Gabriel Nogueira Dias; José Ignacio Coleho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁷³⁹NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus...**Op.Cit. p.217.

⁷⁴⁰NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus...**Op.Cit. p.221. Sobre o pensamento de Carl Schmitt, recomendamos consultar os estudos de Alexandre Franco de Sá, em especial: SÁ, Alexandre Franco de. **O Poder pelo Poder**: ficção e ordem no combate de Carl Schmitt em torno do poder. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2009; SÁ, Alexandre Franco de. **Poder, Direito e Ordem**: ensaios sobre Carl Schmitt. 1. ed. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012.

sentia vinculada a um conceito positivista de direito e que não se dispunha a servir à República de Weimar, aceitando de pronto a filiação ao nacional-socialismo.⁷⁴¹

De modo mais detalhado, Dimitri Dimoulis apresenta quatro elementos capazes de refutar a afirmação de que o Estado nazista se encontrava vinculado a uma concepção positivista de direito: (a) a existência de uma *continuidade legislativa*, pois, com “a exceção da legislação que visava o combate dos adversários políticos e de minorias tidas como inimigas do Estado, o regime nazista não introduziu importantes modificações no ordenamento jurídico alemão”;⁷⁴² (b) o predomínio de um *discurso ideológico* que procurava instituir um “Estado de justiça” em detrimento de um “Estado de direito”, “que era criticado como formalista e individualista”;⁷⁴³ (c) a preponderância de uma *doutrina antipositivista*, pois as “teorias jurídicas esposadas pelos partidários do nazismo tinham claras referências políticas (vontade do *Führer*)”, fazendo “referências a ideais e valores nacionalistas e racistas, contrariando frontalmente a visão positivista”;⁷⁴⁴ uma *jurisprudência antipositivista* em razão da maioria dos juízes ser “fortemente politizada e fiel às orientações governamentais” e do fato de que “o método de interpretação que prevalecia era a teleologia objetiva, que visava a adaptação da norma à situação do momento, independentemente de sua formulação e da vontade do legislador histórico”.⁷⁴⁵ De tal modo, não é possível afirmar que os juristas alemães no período nacional-socialista (ou ao menos a maioria deles) eram juspositivistas ou simpatizantes da teoria pura do direito.

(ii) Em seu clássico ensaio “*Positivism and Separation of Law and Morals*” (1958) Hart enfrenta essa crítica e afirma que ela é “menos um argumento intelectual contra a distinção utilitarista [entre direito e moral] e mais um apelo apaixonado fundado não em argumentação minuciosa, mas em lembranças de uma experiência

⁷⁴¹NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus...** Op.Cit. p.222,223. Mario Losano explica: “Os juízes do Estado oitocentista eram recrutados com critérios homogêneos aos do Estado: eram pessoas autoritárias e conservadoras. Não lhes foi possível identificar-se com a frágil República de Weimar, abalada por uma violenta luta entre partidos à qual os juízes não estavam habituados e fundada em idéias socialistas que eles consideravam subversivas. O Estado nacional-socialista oferecia-lhes, ao contrário, a imagem de um Estado novamente compacto e acima das partes: não tiveram, portanto, dificuldade para identificar-se com ele”. (LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito**. Vol. 2 – O século XX. Tradução: Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 238-239).

⁷⁴²DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**...Op.cit. p.261.

⁷⁴³DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**...Op.cit. p.261.

⁷⁴⁴DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**...Op.cit. p.262.

⁷⁴⁵DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**...Op.cit. p.263.

terrível”,⁷⁴⁶ consistente no testemunho daqueles, que, semelhante a Ulisses e Dante, desceram aos infernos e voltaram com uma mensagem para os seres humanos. Segundo Hart, trata-se de um apelo proveniente “daqueles pensadores alemães que vivenciaram o regime nazista e refletiram sobre suas manifestações perversas no sistema jurídico”.⁷⁴⁷ Nesse sentido, Gustav Radbruch talvez seja o mais expressivo deles.

A crítica de Radbruch teria uma força emotiva especial em razão do autor ter sido adepto do positivismo jurídico até a tirania nazista, “quando foi convertido [ao jusnaturalismo] por sua experiência e, por isso, seu apelo a outros homens para que descartem a doutrina de que a separação entre o Direito e a moral tem a força particular de uma retratação”.⁷⁴⁸ O que é importante na crítica de Radbruch à *tese da separabilidade*, segundo Hart, “é que ela realmente enfrenta o ponto específico que Bentham e Austin tinham em mente quando postulavam a separação entre o Direito como é e como deveria ser”⁷⁴⁹— tendo em vista que eles se ocuparam, especificamente do problema apresentado pela existência de leis moralmente iníquas – insistindo na necessidade de se reunir o que os juspositivistas haviam separado. Hart destaca que Austin fora enfático em condenar como “*pure nonsense*” a subordinação da validade das leis humanas a princípios fundamentais da moral e que tanto Bentham quanto Austin tinham a “convicção de que, se as leis atingiam um determinado grau de iniquidade, haveria então uma clara obrigação moral de resistir-lhes e de deixar de lhes prestar obediência”.⁷⁵⁰

Radbruch, todavia, se converte⁷⁵¹ e passa a concluir que o *slogan* “positivista” *a lei é a lei* (“*Gesetz ist Gesetz*”) e o fato de que os profissionais de direito na Alemanha

⁷⁴⁶HART, H.L.A. [1958]. “O positivismo e a separação entre o Direito e a moral”. In: HART, H.L.A. **Ensaaios sobre teoria do direito e filosofia**. Trad. José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 79.

⁷⁴⁷HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.79.

⁷⁴⁸HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.79.

⁷⁴⁹HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.79.

⁷⁵⁰HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.80.

⁷⁵¹HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.80. Segundo Dimoulis: “Radbruch nunca tinha aderido plenamente à teoria juspositivista, mas também não a rejeitava. Assim, por exemplo, referindo-se a possíveis conflitos entre direito e justiça, Radbruch deixava clara sua opção em obra publicada em 1932: ‘Desprezamos o sacerdote que prega contra a sua convicção, mas honramos o juiz que não vacila em sua fidelidade à lei pelo seu sentimento jurídico que lhe opõe resistência’. [...] Modificando parcialmente sua visão sobre as relações entre o direito e a justiça [após a II Guerra Mundial], o autor inicia a defesa da abordagem moralista do direito com uma implacável crítica: ‘Com a sua convicção de que ‘lei é lei’, o positivismo deixou os operadores do direito alemães indefesos (*wehrlos*) perante leis de conteúdo arbitrário e criminoso’.” (DIMOULIS, Dimitro. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.259.

não protestaram contra as barbaridades que tinham de perpetrar em nome do direito eram duas claras evidências de que “o ‘positivismo’ (entendido aqui como a insistência na separação entre o direito como é e o Direito como deveria ser) contribuíra poderosamente para tais horrores”,⁷⁵² ou seja, para a facilidade com que o regime nazista explorara a subserviência à mera lei. O argumento que Radbruch apresentava em contraposição ao positivismo jurídico era o de que “os princípios fundamentais da moral humanitária eram parte do próprio conceito de *Recht* ou Legalidade”⁷⁵³ e, por isso, nenhuma lei positiva poderia ser válida se contrariasse tais princípios básicos de moral.

Segundo Hart, a doutrina de Radbruch significava que

todos os advogados e juízes deveriam denunciar leis que transgredissem os princípios fundamentais não só como meramente imorais ou erradas, mas como desprovidas de caráter jurídico, e atos que, com esse fundamento, carecem da qualidade jurídica não deveriam ser levados em consideração na formulação da posição jurídica de um dado indivíduo em circunstâncias específicas. A extraordinária retratação de sua doutrina anterior [...] deveria ser lida por todos aqueles que desejam pensar renovadoramente sobre a questão da interconexão entre Direito e a moral.⁷⁵⁴

Entretanto, o professor inglês destaca uma ingenuidade extraordinária na leitura que Radbruch faz da “falta de sensibilidade às demandas da moral e a subserviência ao poder estatal em um povo como o alemão”⁷⁵⁵ quando afirma que tal fato tenha “surgido da crença de que a lei poderia ser lei ainda que não se conformasse aos requisitos mínimos de moral”.⁷⁵⁶ Porém, haveria algo ainda mais perturbador latente nesse raciocínio ingênuo. Para Hart, Radbruch “digeriu apenas pela metade a mensagem espiritual de liberalismo que ele busca transmitir à profissão jurídica”,⁷⁵⁷ pois, seu argumento apresenta “uma enorme supervalorização da importância do simples fato de que uma norma possa ser considerada uma norma jurídica válida”.⁷⁵⁸ Esta supervalorização supõe que, uma vez declarada a validade de uma lei, esta deveria ser obedecida, como se a questão do seu mérito moral estivesse plenamente resolvida. Hart afirma que a resposta adequada para o uso sinistro do

⁷⁵²HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.80.

⁷⁵³HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.80.

⁷⁵⁴HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.80, 81.

⁷⁵⁵HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.81.

⁷⁵⁶HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.81.

⁷⁵⁷HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.81.

⁷⁵⁸HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.81.

slogan “positivista” “a lei é a lei” seria: “Muito bem, mas isto não encerra a questão. A lei não é a moral; não permitamos que ela suplante a moral”.⁷⁵⁹

Tal discussão é importante e não possui um caráter meramente acadêmico, pois a concepção de Radbruch fora aplicada, na prática, após a guerra por tribunais alemães a alguns casos em que se julgaram criminosos de guerra locais, espiões e informantes durante o regime nazista.⁷⁶⁰ Para Hart a “importância especial desses casos é que as pessoas acusadas desses crimes alegavam que o que haviam feito não era ilegal sob as leis do regime em vigor à época em que as ações foram realizadas”,⁷⁶¹ sendo tal argumento rejeitado sob a “resposta de que as leis em que eles se baseavam eram inválidas uma vez que se contrapunham a princípios fundamentais da moral”.⁷⁶² Podemos aplaudir o objetivo de punir as pessoas condenadas por seus atos moralmente ultrajantes, mas tal condenação só foi possível com a declaração judicial de “que uma lei estabelecida desde 1934 não tinha força de lei”.⁷⁶³

⁷⁵⁹HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.81.

⁷⁶⁰ Nesse sentido, ver ALEXY, Robert. [1992] **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. pp. 6-12.

⁷⁶¹HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p. 82. Nesse sentido, ver: ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1999.

⁷⁶²HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.82. O professor de Oxford passa então a relatar brevemente um desses casos: “Em 1944, uma mulher, desejando livrar-se do marido, denunciou-o às autoridades com base nas observações ofensivas que, durante seu período de licença do exército alemão, fizera sobre Hitler. A mulher não tinha qualquer dever legal de relatar os atos do marido, embora os comentários que ele fizera aparentemente violassem leis que tornavam ilegal fazer declarações prejudiciais ao governo do Terceiro Reich ou que dificultassem, de qualquer modo, a defesa militar do povo alemão. O marido foi preso e condenado à morte, aparentemente de acordo com essas leis, embora ele não tenha sido executado, mas enviado para a frente de batalha. Em 1949, sua mulher foi processada em um tribunal da Alemanha Ocidental por um crime que descreveríamos como o de ilegalmente privar uma pessoa de sua liberdade (*rechswidrige Freiheitsberaubung*). Isto era punível como crime de acordo com o Código Penal alemão de 1871, que permanecera em vigor, sem interrupções, desde sua promulgação. A mulher alegou que a prisão de seu marido tinha ocorrido de acordo com as leis nazistas e que, portanto, ela não cometera crime algum. O tribunal de apelação que, em última instância, examinou o caso, decidiu que a mulher era culpada de buscar a privação da liberdade de seu marido ao denunciá-lo aos tribunais alemães, ainda que ele tivesse sido condenado por um tribunal por ter violado uma lei, uma vez que, para citar as palavras do tribunal, a lei ‘era contrária à boa consciência e ao sentido de justiça de todos os seres humanos decentes’. Este raciocínio foi seguido em muitos casos, que têm sido saudados como um triunfo das leis do Direito Natural e como indicativos da derrubada do positivismo”. (HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.82,83). A fim de ressaltar a relevância dessa concepção prática adotada pelos tribunais alemães para a discussão do conceito de direito e a polêmica acerca do positivismo jurídico, Robert Alexy inicia sua obra *Conceito e Validade do Direito* [1992] narrando dois casos similares julgados pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (o primeiro de 1968, sobre o problema da injustiça legal; o segundo de 1973, sobre a possibilidade do juiz julgar *contra legem*). Cf. ALEXY, Robert. [1992] **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. pp. 6-12. O caso citado por H.L.A Hart é analisado por Alexy quando o autor analisa o que denomina de “argumento da honestidade”. (ALEXY, Robert. **Conceito e...** Op. Cit. pp.71-75).

⁷⁶³HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.83.

Por outro lado, Hart entende que “pelo menos a sabedoria desse procedimento deve ser questionada”.⁷⁶⁴ Para o juspositivista inglês, o caso da mulher que denuncia o marido às autoridades nazistas (ver nota de rodapé da página anterior) poderia ter tomado outro desfecho. Além da declaração judicial de invalidade da lei positiva, havia ainda duas outras opções possíveis: i) uma era deixar a mulher impune; ii) outra era a introdução, de modo franco, de uma lei penal retroativa. A primeira alternativa traz o inconveniente de se reconhecer que seguir tal caminho poderia não ser bom do ponto de vista moral. A segunda opção, por seu turno, deveria ser seguida “com plena consciência daquilo que se sacrificava para garantir sua punição nestes termos”.⁷⁶⁵ Hart argumenta que, por mais odiosa que possa ser a opção pela legislação penal retroativa, buscá-la “abertamente nesse caso teria, pelo menos, o mérito da franqueza”,⁷⁶⁶ não encobrindo o fato de que opção pela punição da mulher implica, necessariamente, uma escolha entre dois males e a alternativa de deixá-la impune implicaria em se “sacrificar um preciosíssimo princípio moral endossado pela maioria dos sistemas jurídicos”.⁷⁶⁷

Assim, “se aprendemos algo com a história da moral é que o que se deve fazer quando se tem um dilema moral é não o esconder”,⁷⁶⁸ e é exatamente isso que Hart acredita que a tese de Radbruch faz:

[serve] para encobrir a verdadeira natureza dos problemas que nos desafiam e encorajar o otimismo romântico de que todos os valores que prezamos irão, em última instância, se fundir em um sistema único, que nenhum deles terá que ser sacrificado ou comprometido para que possamos acomodar outro.⁷⁶⁹

Enfatizar esse modo de resolver um caso complexo em contraste ao modo jusmoralista empiricamente adotado pelos tribunais alemães poderia parecer dar demasiado peso às formas e às palavras, principalmente quando conduz exatamente ao mesmo resultado. Assim, Hart questiona: “Por que dramatizar a diferença entre eles?”.⁷⁷⁰ O motivo apontado pelo teórico inglês é bem claro: se adotarmos o entendimento de Radbruch e dos tribunais alemães “confundimos uma das formas

⁷⁶⁴HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.83.

⁷⁶⁵HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.83.

⁷⁶⁶HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.83.

⁷⁶⁷HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.83.

⁷⁶⁸HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.83.

⁷⁶⁹HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.83, 84.

⁷⁷⁰HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.84.

mais poderosas, porque a mais simples, de crítica moral”.⁷⁷¹ Como Bentham e Austin sustentaram, é preferível falar claramente que “leis podem ser direito, mas que são perversas demais para serem obedecidas”.⁷⁷²

Esta abordagem do problema traz duas vantagens: i) faz uma condenação moral que todos podem entender, ao mesmo tempo em que ii) solicita, de forma clara e imediata, atenção moral. Por outro lado, a tese de que prescrições moralmente perversas não são leis (*rectius*, direito positivo) traz duas desvantagens: i) “contém uma afirmação que a maioria das pessoas não acredita”;⁷⁷³ e ii) “mesmo que elas estejam dispostas a considerá-la, irá levantar toda uma série de questões filosóficas antes de poder ser aceita”.⁷⁷⁴ De tal modo, essa crítica ao juspositivismo epistemológico talvez demonstre o valor da mais importante lição que Bentham e Austin quiseram nos ensinar com a proposição da *tese da separabilidade*: “quando temos ampla possibilidade de um discurso simples não devemos apresentar a crítica moral às instituições como proposições de uma filosofia questionável”.⁷⁷⁵

Portanto, é possível concluir este tópico afirmando ao menos duas coisas: (i) que a mera identificação e descrição do direito positivo vigente em uma determinada sociedade pelo juspositivismo epistemológico não importa na afirmação de seu valor moral intrínseco e muito menos que exista um dever moral de obediência a tal direito; (ii) que a crítica neoconstitucionalista de que haveria alguma ligação do positivismo jurídico epistemológico (a teoria pura kelseniana, por exemplo) e os regimes totalitários, de modo que o primeiro teria fundamentado ou legitimado o segundo, é completamente descabida por incorrer numa “tremenda mentira histórica”.⁷⁷⁶

⁷⁷¹HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.84

⁷⁷²HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.84.

⁷⁷³HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.84.

⁷⁷⁴HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.84.

⁷⁷⁵HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.85.

⁷⁷⁶NINO, Carlos Santiago. [1980] **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.35. Para um aprofundamento no tema, conferir: CLEVER, Wilhelm. “Zur Nachkriegskritik des Rechtspositivismus”. In: **Deutsche Rechts-Zeitschrift**, Vol. 4, No. 15/16, 1949. pp.348,349; MERTENS, Thomas. “Nazism, legal positivism and Radbruch’s thesis on statutory injustice”. In: **Law and Critique**, n. 14, 2003. pp. 277–295; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Nazismo, derecho y filosofía del derecho”. In: **Anuário de Filosofia del Derecho**, Valência: Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, n. 8, 1991. pp. 341-364; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Defesa de Kelsen diante dos ignorantes e cretinos” In: MATOS, Andytias Soares de Moura; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. (Org). **Contra o Absoluto**. Perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelsiana. Curitiba: Juruá, 2012; STOLLEIS, Michael. “Prologue: Reluctance to Glance in the Mirror. The Changing Face of German Jurisprudence after 1933 and post-1945”. In: JOERGES, Christian; GHALEIGH, Navraj Singh. **Darker Legacies of Law in Europe**. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions. Oxford: Hart Publishing, 2003. pp.1-18; NEUMANN, Ulfrid. “Positivismo jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre 'delincuencia estatal' en la anterior RDA”. Trad. Francesca Puigpelat Martí. In: **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, núm. 17-18, 1995. pp.435-

4.10 POSITIVISMO JURÍDICO E CETICISMO MORAL

Não raro o positivismo jurídico epistemológico é acusado de estar fundamentado ou de sustentar o ceticismo moral ou ético, ou seja, um juspositivista necessariamente estaria comprometido com a tese de que não existem princípios morais e de justiça objetivos ou universalmente válidos e cognoscíveis por meios racionais. Carlos Santiago Nino explica que, enquanto postura metaética, o ceticismo moral é uma perspectiva que sustenta a tese de que “os únicos juízos cuja verdade ou falsidade pode ser decidida de maneira racional são, excetuando-se os juízos analíticos, cuja verdade é determinada por sua estrutura lógica, os juízos que possuem conteúdo empírico” e que os enunciados morais “não satisfazem essa condição e não expressam, portanto, proposições genuínas, que possam ser classificadas como verdadeiras ou falsas”.⁷⁷⁷ Em suma, como explana Nino, para o ceticismo moral “os enunciados valorativos são subjetivos e relativos e se limitam a expressar os estados emocionais de quem os formula”.⁷⁷⁸

Em seu ensaio de 1958, Hart afirma que possivelmente o que “mais preocupa àqueles que reagem de maneira violenta ao ‘positivismo jurídico’”⁷⁷⁹ é o que se convencionou denominar de teorias “subjetivas”, “relativistas” ou “não cognitivas” sobre a natureza dos julgamentos morais, distinções morais ou “valores”.⁷⁸⁰ É notório que a grande maioria dos juspositivistas epistemológicos – a partir da segunda metade do século XX – é partidária de uma postura relativista ou cética em questões de metaética – vide Hans Kelsen e Alf Ross, por exemplo. Todavia, a questão a ser investigada é outra e pode ser formulada do seguinte modo: ser um juspositivista epistemológico em teoria do direito significa necessariamente ser partidário do ceticismo moral?

444; PAUER-STUDER. Herlinde. “Kelsen’s Legal Positivism and the Challenge of Nazi Law”. In: **Yearbook Vienna Circle Institute**, n. 17, 2014, pp. 223-240; RÜTHERS, Bernd. **Derecho Degenerado**. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich. Trad. Juan Antonio García Amado. Madrid: Marcial Pons, 2016; MULLER Ingo. [1987] **Los Juristas del Horror**. La “justicia” de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás. Trad. Carlos Armando Figueredo. Bogotá: Editorial Alvaro-Nora, 2009; BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier. **Nazismo, Derecho, Estado**. Madrid, Dickson, 2014; JOUANJAN, Olivier. **Justifier L’Injustifiable**. L’Ordre du discours juridique nazi. Paris: Presses Universitaires de France - P.U.F., 2017.

⁷⁷⁷NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito...** Op.Cit.p.35.

⁷⁷⁸NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito...** Op.Cit.p.35.

⁷⁷⁹HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.89.

⁷⁸⁰HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.89.

Mesmo sendo um dos grandes defensores do jusmoralismo, Carlos Santiago Nino acertadamente conclui que “não é correto identificar o positivismo jurídico com o ceticismo ético”.⁷⁸¹ Na realidade, sustentar a conexão necessária entre juspositivismo e ceticismo moral implica no esquecimento dos primeiros defensores daquilo que efetivamente pode ser denominado de positivismo jurídico epistemológico: Jeremy Bentham e John Austin.⁷⁸² Ambos eram utilitaristas e defendiam o “princípio da utilidade” como critério de racionalidade moral segundo o qual “uma conduta é moralmente correta quando contribui para aumentar a felicidade do maior número de pessoas”.⁷⁸³ Ambos sustentavam que esse princípio estava em consonância com a natureza humana e Austin, em especial, derivava tal princípio da própria vontade divina.

Segundo a interpretação de Nino, Hart não poderia, de modo algum, ser considerado um cético em matéria ética por ter incursionado “com lucidez na discussão de problemas valorativos, como o da justificação da pena”, evidenciando, assim, “que não considera que tal tipo de discussão seja irracional e envolva um mero choque de atitudes emocionais”.⁷⁸⁴ Em verdade, mesmo apoiando-se no ceticismo moral para defender suas respectivas posturas juspositivistas, Kelsen e Ross não *identificaram* o positivismo jurídico com o ceticismo moral.

De modo perspicaz, H.L.A Hart nota de que o positivismo jurídico em matéria de teoria do direito estava sendo confundido “com uma teoria moral segundo a qual proposições sobre aquilo que é o caso (‘proposições de fato’) pertencem a uma categoria ou tipo radicalmente diferente de declarações sobre o que deveria ser (‘proposições de valor’)”.⁷⁸⁵ Portanto, o jusfilósofo inglês afirma “ser benéfico desfazer esta fonte de confusão”.⁷⁸⁶ A seguir reconstruiremos, de modo sintético, o entendimento do professor de Oxford sobre essa questão específica.

Hart aponta que há muitas variantes contemporâneas desse tipo de teoria moral, ou seja, que existem atualmente vários ramos ou espécies de não-cognitvismo moral no âmbito metaético (v.g. ceticismo ético), descrevendo sinteticamente três

⁷⁸¹HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.89.

⁷⁸²“Austin acreditava que os princípios morais últimos eram os mandamentos divinos, que conhecemos ou pela revelação ou por meio do ‘índice’ de utilidade, e Bentham acreditava que eles eram proposições verificáveis sobre a utilidade” (HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p. 89,90).

⁷⁸³HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.90. Cf. CHIASSONI, Pierluigi. **L’Indirizzo Analitico Nella Filosofia del Diritto**. Vol.1. Da Bentham a Kelsen. Torino: Giappichelli. 2009.

⁷⁸⁴HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.90.

⁷⁸⁵HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.90.

⁷⁸⁶HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.90.

delas.⁷⁸⁷ Segundo ele, todas as três insistem na afirmação de que, ao contrário das declarações de fato, os julgamentos sobre o que deve ser feito não podem ser sustentados nem estabelecidos por métodos racionais por conterem elementos “não cognitivos”, nem podemos “demonstrar que derivem de qualquer declaração de fato, mas apenas de outros julgamentos sobre o que deveria ser feito em conjunção com alguma declaração de fato”.⁷⁸⁸

Segundo tais teorias, não seria possível demonstrar que uma ação foi errada meramente apontando, por exemplo, que tal conduta consistia em uma “deliberada imposição de dor a alguém apenas para a satisfação do agente”⁷⁸⁹ e só poderíamos afirmar o erro de tal agir se acrescentássemos “a essas declarações ‘cognitivas’ verificáveis que infligir dor em tais circunstâncias é errado, não deveria ser feito”.⁷⁹⁰ Paralelamente a essa diferenciação geral, existe ainda outra distinção relevante feita entre as declarações sobre meios e as declarações sobre fins morais, sustentando-se que podemos “descobrir e discutir racionalmente quais os meios adequados para determinados fins, mas os fins não são passíveis de descoberta ou debate racional”⁷⁹¹ por serem “*fiats da vontade*”, expressões de “emoções”, “preferências” ou “atitudes”.

Contra tal perspectiva, existem outros entendimentos sobre a moral que sustentam que todas estas divisões bem-definidas entre o que é e o que deveria ser, entre fato e valor, meios e fins, cognitivo e não-cognitivo, estão erradas e que, ao reconhecermos a existência de valores morais ou fins últimos, estamos reconhecendo algo “tão imposto sobre nós pela natureza, pelo mundo em que vivemos, quanto pouco dependente de uma questão de escolha, atitude, sentimento ou emoção como a verdade dos juízos factuais sobre o que é o caso”.⁷⁹² Ao invés de entender que as

⁷⁸⁷As três vertentes são descritas do seguinte modo: “de acordo com algumas, julgamentos sobre o que deveria ser, ou deveria ser feito, ou são ou incluem, como elementos essenciais, expressões de ‘sentimento’, ‘emoção’, ‘atitudes’, ou ‘preferências subjetivas’; segundo outras, tais julgamentos tanto expressam sentimentos, emoções ou atitudes, como exigem de outros que as compartilhem. Em outras variantes, tais julgamentos indicam que um caso particular se insere em um princípio geral ou princípio de ação que o emissor “escolheu” ou com o qual ele está ‘comprometido’ e que é, em si mesmo, não um reconhecimento daquilo que é o caso, mas sim análogo a algum “imperativo” geral ou comando dirigido a todos, incluindo o emissor”. (HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.90). Para uma introdução à metaética, ver: SMITH, Michael. **The Moral Problem**. Oxford: Blackwell Publishers, 2005; DARWALL, Stephen; GIBBARD, Allan; RAILTON, Peter. **Metaética: algumas tendências**. Organização de Darlei Dall’Agnol; trad. Janine Sattler. Florianópolis: Editora UFSC, 2013; FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a Fundamentação do Direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

⁷⁸⁸HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.90.

⁷⁸⁹HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.90.

⁷⁹⁰HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.90.

⁷⁹¹HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.90, 91.

⁷⁹²HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p. 91.

partes envolvidas em um conflito moral se reduzem a expressar seus sentimentos e emoções ou a emitir exortações umas para as outras, o argumento sustentado pelo “cognitivismo” moral é o de que, após um minucioso exame e reflexão, as partes acabam por reconhecer que o “caso inicialmente controverso se insere no âmbito de um princípio apreendido vagamente (ele mesmo não mais ‘subjetivo’, não mais ‘um *fiat* de nossa vontade’, do que qualquer outro princípio de classificação)”⁷⁹³ – e isto poderia “ser chamado ‘cognitivo’ ou ‘racional’ quanto qualquer outra classificação de particulares inicialmente controversa”.⁷⁹⁴

Uma vez exposto os pontos básicos das perspectivas “não cognitivista” e “cognitivista”, Hart nos insta a supor que o ponto de vista “cognitivista” seja o correto e que “juízos morais são tão racionalmente defensáveis quanto qualquer outro tipo de juízo”.⁷⁹⁵ Tendo aceitado hipoteticamente tal premissa para fins de argumentação, indaga: “o que decorreria daí quanto à natureza da conexão entre o Direito como ele é e o Direito como *deveria ser*?”⁷⁹⁶ A resposta do teórico inglês é enfática: “com base apenas nisso, nada. As leis, não obstante quão iníquas moralmente, seriam ainda (no que diz respeito a esse ponto) leis”.⁷⁹⁷ A única diferença que a aceitação dessa perspectiva nos proporcionaria, segundo o professor de Oxford, “seria a de que a iniquidade moral de tais leis se tornaria passível de demonstração”⁷⁹⁸ nos apontando que a “regra era moralmente errada e, assim, não deveria ser lei ou, inversamente, que era moralmente desejável e deveria ser lei”.⁷⁹⁹ Entretanto, tal demonstração não afetaria a *tese da separabilidade*, pois, “não iria mostrar que a regra não era (ou era) lei”.⁸⁰⁰ Aceitar o ponto de vista do “cognitivismo” moral não tocaria no ponto chave do problema ora debatido, a saber, no fato de que “há leis que poderiam ter qualquer grau de iniquidade ou estupidez e ainda serem leis”⁸⁰¹ e, inversamente, “há normas que têm todas as qualificações morais para serem leis e, contudo, não o são”.⁸⁰² Segundo Hart, para que a controvérsia entre teorias “cognitivistas” e “não cognitivistas” sobre os juízos morais tenha impacto na *tese da separabilidade* – de

⁷⁹³HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.91.

⁷⁹⁴HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.91.

⁷⁹⁵HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.91.

⁷⁹⁶HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.91.

⁷⁹⁷HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.91.

⁷⁹⁸HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.91.

⁷⁹⁹HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.91, 92.

⁸⁰⁰HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.92.

⁸⁰¹HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.92.

⁸⁰²HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.92.

modo a levar ao seu abandono ou pelo menos a certa suavização da distinção – algo mais específico ainda precisaria ser dito.

Nesse sentido, segundo Hart, ninguém teria feito mais para desenvolver essa crítica no âmbito da teoria do direito do que Lon Fuller.⁸⁰³ Seu argumento principal é centrado “na interpretação de regras em casos concretos quando há inicialmente dúvidas e quando surgem controvérsias sobre seu sentido”.⁸⁰⁴ Hart aponta que é verdade que em nenhum sistema jurídico “o escopo das normas jurídicas se vê limitado pelo leque de situações concretas que os legisladores tinham em mente, ou que se acredita que tivessem”,⁸⁰⁵ sendo esta uma das importantes diferenças entre uma regra jurídica e um comando. Todavia, frequentemente a interpretação jurídica nesses casos (v.g. quando se reconhece que as regras se aplicam de fato a situações outras para além daquelas de fato previstas ou que poderiam ter sido consideradas pelos legisladores) não é vista como uma escolha deliberada ou *fiat* por parte daqueles que interpretam a regra. Em outros termos, ela não surge “nem como uma decisão de dar à norma um sentido novo ou mais amplo, nem como uma tentativa de adivinhar o que os legisladores, que morreram, quem sabe, no século 18, teriam dito se estivessem vivos no século 20”,⁸⁰⁶ mas, ao contrário, a inclusão desse novo caso sob o âmbito da norma “ocorre como uma elaboração natural da norma, como algo que implementa um ‘propósito’ que parece ser natural atribuir, em certo sentido, à regra mesma, e não a qualquer pessoa viva ou morta”.⁸⁰⁷

O teórico inglês reconhece os limites da postura juspositivista diante do fato de que a descrição que esta proporciona “de tal extensão interpretativa de normas antigas para casos novos como legislação judicial não faz justiça a esse fenômeno”,⁸⁰⁸ pois não fornece qualquer indicação das diferenças existentes entre um *fiat* deliberado, a decisão de tratar o caso novo da mesma forma que os casos passados e o reconhecimento de que “a inclusão do novo caso sob a norma irá implementar ou articular um propósito contínuo e, de fato, idêntico, até então apreendido de modo

⁸⁰³ FULLER, Lon. [1964] **The Morality of Law**. 2ª New Haven/London: Yale University Press, 1969; FULLER, Lon. “Positivism and fidelity to law – a reply to professor Hart”. In: **Harvard Law Review**, Vol. 71, No. 4 Feb., 1958, pp.630-672. Conferir também, em sentido crítico: KRAMER, Matthew H. “Scrupulousness without Scruples: a critique of Lon Fuller and his defenders”. In: KRAMER, Matthew H. **In Defense of Legal Positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1999. pp.37-77.

⁸⁰⁴HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.92.

⁸⁰⁵HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.92.

⁸⁰⁶HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.92.

⁸⁰⁷HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.92, 93.

⁸⁰⁸HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.93.

menos específico”.⁸⁰⁹ Hart destaca que é possível que muitos advogados e juízes “vejam nessa linguagem algo que se encaixa precisamente em sua experiência”⁸¹⁰ enquanto outros podem “considerá-la uma interpretação romântica de fatos mais bem apresentados na linguagem utilitarista de ‘legislação’ judicial ou, na moderna terminologia norte-americana, ‘escolha criativa’”.⁸¹¹

Diante dessa situação, o professor de Oxford se vale de um exemplo não jurídico citado por Lon Fuller, tirado de Ludwig Wittgenstein, para esclarecer o ponto:

Alguém me diz: “Ensine um jogo às crianças”. Eu as ensino a jogar dados e o outro me diz: “Eu não quis dizer esse tipo de jogo”. A exclusão do jogo de dados deveria ter estado em sua mente quando ele me deu a ordem?⁸¹²

Tal exemplo tocaria em três pontos importantes da questão anteriormente mencionada: (i) aponta para o fato de que “nós normalmente não interpretamos apenas o que as pessoas estão tentando fazer, mas também o que elas dizem à luz de objetivos humanos comuns supostos”⁸¹³ e, assim sendo, “a menos que o contrário seja expressamente indicado, não interpretaríamos uma instrução de ensinar um jogo a uma criança pequena como uma ordem para introduzi-la aos jogos de azar”,⁸¹⁴ (ii) frequentemente o falante cujas palavras são assim interpretadas pode dizer: “Sim, foi isto que eu quis dizer (ou ‘isto foi que eu quis dizer desde o começo’), embora nunca tenha pensado sobre isto até você me apresentar esse caso específico”,⁸¹⁵ (iii) por fim, o exemplo nos mostra que, quando este for o caso (v.g. de reconhecermos que um determinado caso não previsto especificamente de antemão estava inserindo no âmbito de alguma instrução vagamente expressa), “podemos sentir que essa experiência é falseada se descrita como uma mera decisão de nossa parte de tratar assim o caso específico”,⁸¹⁶ e que “só a podemos descrever fielmente como o resultado da percepção e da articulação daquilo que nós ‘realmente’ queremos ou de nosso ‘verdadeiro propósito’”.⁸¹⁷

⁸⁰⁹HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.93.

⁸¹⁰HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.93.

⁸¹¹HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.93.

⁸¹²HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.93.

⁸¹³HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.93.

⁸¹⁴HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.93.

⁸¹⁵HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.93.

⁸¹⁶HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.94.

⁸¹⁷HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.94.

Para Hart, a atenção a casos do tipo apresentado por Lon Fuller poderia beneficiar muitos debates filosóficos sobre a natureza do argumento moral, ajudando a fornecer um “corretivo para a visão de que há uma separação nítida entre ‘fins’ e ‘meios’ e que, ao debater ‘fins’ só podemos trabalhar uns com os outros de forma não racional, e que o argumento racional fica reservado para a discussão sobre os ‘meios’”.⁸¹⁸ Entretanto, a relevância desse ponto para avaliar a questão da validade ou não da *tese da separabilidade* seria muito pequena, pois, seu efeito total é afirmar que, na interpretação de regras jurídicas cujos enunciados se encontram inicialmente em uma “zona de penumbra”, depois de uma detida reflexão sobre o problema, concluirmos que sua aplicação a determinados casos não explicitamente previstos é tão natural que seria enganoso pensarmos ou referirmo-nos a eles como “legislação”, “criação de lei”, ou como um “*Fiat*”. De tal modo, essa crítica deveria reformular seu argumento para enunciá-lo do seguinte modo: “seria enganoso distinguir em tais casos entre o que a regra é e o que deveria ser – pelo menos em certo sentido de *deveria*. Acreditamos que deveria incluir o novo caso e, depois de refletir, percebemos que ela de fato o inclui”.⁸¹⁹

Ocorre que, ainda que se admita essa reformulação do argumento, Hart afirma que devemos ter em mente dois alertas importantes. O primeiro deles é que o sentido do termo “deveria”, nesse caso, “não precisa ter qualquer relação com a moral”,⁸²⁰ não devendo nos esquecer, conjuntamente, de quão raro é “o fenômeno que se diz justificar esse tipo de discurso, quão excepcional é o sentimento de que uma forma de decidir um caso nos é imposta como a única elaboração natural ou racional de determinada norma”⁸²¹ e que, “para a maioria dos casos de interpretação, falar de escolha entre alternativas, ‘legislação judicial’ ou mesmo ‘*Fiat*’ (ainda que não *Fiat* arbitrário), expressa melhor as realidades da situação”.⁸²² O segundo alerta importante é que utilizar a terminologia sugerida (v.g. de que há uma espécie de fusão ou incapacidade de separação entre o que é e o que *deveria ser* na interpretação desses casos) para sustentar que os juízes só encontram o direito, e não o criam, servirá apenas para “encobrir os fatos que aqui, mais do que em qualquer outro lugar,

⁸¹⁸HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.94.

⁸¹⁹HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.94.

⁸²⁰HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.94.

⁸²¹HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.95.

⁸²²HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.95.

vivemos em meio a incertezas dentre nas quais devemos escolher, e que o Direito existente impõe apenas limites à nossa escolha e não a própria escolha”.⁸²³

Resumidamente, o questionamento é o seguinte: o cognitivismo moral é compatível com o juspositivismo epistemológico ou o positivismo exige a assunção do ceticismo moral? Finalizamos este tópico com a resposta de Eugenio Bulygin: “contrariamente a minha opinião anterior, o positivismo é, em princípio, compatível com o objetivismo moral”, ou seja, “o positivismo jurídico não afirma a existência de normas jurídicas objetivamente válidas, então não existe incompatibilidade com o objetivismo moral”.⁸²⁴

4.11 O POSITIVISMO JURÍDICO E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Em que pese a importância singular de cada uma das críticas analisadas até o momento, a crítica fundamental do discurso neoconstitucionalista contra o positivismo jurídico na literatura jurídica brasileira parece residir na afirmação de que ele seria um “paradigma” teórico que sustenta uma concepção de direito unicamente como “modelo de regras”, sendo incapaz de reconhecer a juridicidade dos princípios.⁸²⁵ Apesar de essa crítica assumir várias formas distintas, o raciocínio geral pode ser elaborado em caráter preliminar e de modo simplificado: o Estado Constitucional possui uma Constituição que garante um rol relativamente extenso de direitos fundamentais; tais direitos são enunciados na forma de princípios jurídicos, que são concebidos como “valores” ou, ao menos, como prescrições que possuem alta carga axiológica; o positivismo jurídico é um modelo teórico que lida apenas com regras, sendo incapaz de lidar com a juridicidade dos princípios; logo, o positivismo jurídico é um modelo teórico incapaz de lidar com o direito tal como ele é concebido no Estado Constitucional.

Assim sendo, é preciso indagar: o positivismo jurídico epistemológico é realmente apenas um modelo de regras, sendo incapaz de lidar com esse padrão normativo diferenciado denominado de “princípio”? Mesmo considerando essa como sendo a mais fundamental dentre as críticas feitas pelo discurso neoconstitucionalista

⁸²³HART, H.L.A. “O positivismo e a separação...”Op.Cit. p.95.

⁸²⁴ BULYGIN, Eugenio. **El Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.119.

⁸²⁵Por exemplo, BARROSO, Luís Roberto. **Curso de**...Op.Cit. p.297; STRECK, Lenio L. **Verdade e Consenso**...Op.Cit. p. 278 e ss.

brasileiro ao juspositivismo, procuraremos analisar o seu mérito somente de modo sintético e breve.

Inicialmente, é preciso retomar uma ideia desenvolvida no quinto tópico deste capítulo, que é a compreensão de que o discurso neoconstitucionalista desenvolvido no âmbito da literatura brasileira é sensivelmente distinto daquelas teorias que os jusfilósofos genoveses denominaram de *neoconstitucionalismo* (vg. Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, etc.). Isto foi destacado anteriormente, ressaltando a distinção de tais grupos em dois pontos: (i) ambos possuem modos diferentes de se compreender o que é o positivismo jurídico; e (ii) os dois grupos adotam visões opostas quanto ao modo de se conceber a questão da discricionariedade judicial. Todavia, essa diferença entre *neoconstitucionalismo à brasileira* e as teorias que foram denominadas de *neoconstitucionalismo* também se verifica na compreensão da crítica anti-positivista dos “princípios”. Vejamos como essa diferença ocorre entre essas perspectivas.

Como enfatizamos no primeiro capítulo, o discurso neoconstitucionalista acerca dos princípios inicia-se no Brasil a partir da contribuição teórica de Paulo Bonavides. Entretanto, Bonavides não afirma que o positivismo jurídico rejeita completamente a noção de “princípios” como parte do direito. Segundo o constitucionalista, os “princípios” teriam passado por três fases distintas na história: (i) uma fase jusnaturalista; (ii) uma fase juspositivista; (iii) e estaríamos vivenciando agora no âmbito do Estado Constitucional uma fase “pós-positivista”.⁸²⁶ Nessa perspectiva, na fase juspositivista os princípios jurídicos constituiriam um mero recurso de integração de lacunas dos códigos jusprivatísticos, funcionando como “fontes de mero teor supletório” que ocupam uma hierarquia infra-legal e na esfera da ordem constitucional seriam vistos como meras pautas programáticas supralegais. De tal modo, no entendimento de Bonavides, o positivismo jurídico teria falhado em reconhecer a normatividade dos princípios constitucionais. Na fase “pós-positivista” a normatividade dos princípios seria reconhecida e eles passariam atuar como valores centrais não apenas da Constituição, mas do ordenamento jurídico como um todo.⁸²⁷

Apesar de Bonavides sustentar que o positivismo jurídico seria uma teoria que rejeita valores, defendendo um direito neutro, amoral e apolítico, que teria reduzido todo o direito a regras, sem levar em conta o papel axiológico dos princípios

⁸²⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.Cit. pp.259-266.

⁸²⁷BONAVIDES, Paulo. **Curso de...** Op.Cit. p.262.

constitucionais e que defende uma aplicação mecânica, axiomática e declarativa do direito por parte do juiz, deixamos claro nos tópicos anteriores que essa imagem do juspositivismo epistemológico é falsa, destoando significativamente daquilo que os juspositivistas realmente escreveram no decorrer século XX. De fato, é possível verificar que havia no Brasil uma postura hermenêutica – tanto por parte da doutrina quanto por parte dos tribunais – que negava aplicabilidade a certos tipos de normas constitucionais genéricas quando tais normas não haviam sido regulamentadas pelo legislador ordinário (v.g. normas constitucionais programáticas), restringindo a eficácia do texto constitucional em muitos pontos. Todavia, é preciso destacar que essa postura hermenêutica não é sustentada pelo juspositivismo epistemológico.

Mesmo que a crítica de Bonavides ao positivismo jurídico esteja ancorada na normatividade dos princípios, ela é significativamente distinta do entendimento apresentado por Ronald Dworkin e demasiadamente mais fraca. Bonavides fala em normatividade dos “princípios constitucionais”, ou seja, em prescrições que possuiriam uma elevada carga axiológica, mas que explicitamente se encontravam positivadas no texto constitucional. Entretanto, nenhum adepto do juspositivismo epistemológico teria qualquer problema em reconhecer o caráter normativo de tais princípios, pois, mesmo tendo uma elevada carga axiológica, o “*pedigree*” deles encontra-se devidamente garantido, não havendo nenhuma incompatibilidade com a tese positivista das fontes sociais. Se tais “princípios” encontram-se inscritos explicitamente no texto constitucional, nenhum juspositivista poderia negar-lhes legitimamente seu caráter normativo, justamente por terem sido postos validamente pela autoridade socialmente reconhecida como competente para tanto (v.g. poder constituinte originário ou derivado). Um juspositivista não teria problema algum em identificar tais enunciados como normas jurídicas válidas e em descrevê-los por meio de proposições normativas. Portanto, apesar de Bonavides se posicionar contra o “positivismo jurídico”, sua ideia do que seja realmente o positivismo jurídico é significativamente equivocada e sua crítica, na verdade, não chega a atingir o juspositivismo epistemológico. De tal modo, a crítica principiológica de Bonavides e de Barroso ao juspositivismo deve ser tomada como improcedente, tendo se dirigido, na realidade, a uma determinada postura hermenêutica tradicional e então predominante no âmbito doutrinário e jurisprudencial brasileiro que propugnava pela

negação de aplicabilidade imediata a certo tipo de enunciado prescritivo constante do texto constitucional (normas constitucionais programáticas).⁸²⁸

A crítica principiológica de Dworkin é completamente distinta da crítica principiológica de Bonavides. Dworkin não critica o positivismo jurídico pelo fato desta teoria supostamente não reconhecer a normatividade dos “princípios constitucionais” (que são plenamente compatíveis com a tese juspositivista das fontes sociais), mas por não reconhecer um padrão normativo que se encontra presente no cotidiano das decisões judiciais – inclusive afastando a incidência de regras aplicáveis ao caso concreto – e que fariam parte do direito positivo não por terem sido produzidos por uma fonte de autoridade, senão unicamente em virtude de seu conteúdo moral (demonstrando, assim, que nem todo o direito positivo é proveniente de fontes sociais). Ao passo que a crítica de Bonavides sequer atinge o juspositivismo epistemológico, a crítica de Dworkin consiste num ataque frontal à tese das fontes sociais, que acaba por se desdobrar e atingir também a tese da separabilidade conceitual entre o direito e a moral e, por fim, a tese epistemológica da descritividade. Se o positivismo jurídico é capaz de lidar com a noção de “princípios constitucionais” de Bonavides com tranquilidade, seria ele capaz também de lidar com esses padrões normativos implícitos distintos das regras jurídicas? Antes de responder a essa pergunta, vejamos, sinteticamente, o modo como o ataque de Dworkin ao positivismo jurídico é composto de dois momentos distintos, a partir da sintética reconstrução argumentativa feita por Juliano Maranhão.⁸²⁹

A crítica de Dworkin ao positivismo jurídico epistemológico (tendo por base o modelo hartiano) possui dois momentos distintos: (i) inicialmente, no artigo *The Model of Rules* (1967),⁸³⁰ Dworkin afirma a insuficiência do juspositivismo como teoria do direito descritiva do fenômeno jurídico por não conseguir trabalhar com o que ele denominou de “princípios jurídicos”, um padrão normativo distinto das regras.⁸³¹ Essa crítica é reforçada posteriormente nos artigos publicados na obra *A Matter of Principle* (1985)⁸³² sustando-se que tal tipo padrão normativo não poderia ser identificado por

⁸²⁸Vide tópico “A conquista da efetividade das normas constitucionais no direito brasileiro” em: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de...** Op.Cit. pp. 217-228.

⁸²⁹MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

⁸³⁰DWORKIN, Ronald. M. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1996. As referências são ao Cap. 2 que é uma republicação do artigo original: DWORKIN, Ronald. “The Model of Rules”. In: **University of Chicago Law Review** (Vol.35): Iss.1, Article 3. 1967. pp.14-46..

⁸³¹MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico...** Op.Cit. p.53.

⁸³²DWORKIN, Ronald. M. [1985] **A Matter of Principle**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

meio do critério de *pedigree* (regra de reconhecimento hartiana), resultando-se na insuficiência da tese das fontes sociais para identificar o direito positivo. Assim, o “positivismo seria incapaz tanto de captar a distinção conceitual entre princípios e regras, bem quanto a importância daqueles nas decisões dos tribunais”.⁸³³ Essa primeira crítica foi suficiente para dividir os positivistas entre *inclusivistas* e *exclusivistas*. (ii) Posteriormente, com a publicação da obra *Law's Empire* (1986),⁸³⁴ Dworkin reformula sua crítica enfatizando uma dimensão metodológica. A insuficiência da tese das fontes afirmada anteriormente agora é transformada em um verdadeiro equívoco sobre o seu papel na identificação daquilo que é o direito, ou seja, dado o caráter *interpretativo* do conceito de direito, seria equivocada qualquer tentativa de identificar critérios semânticos para esse conceito.⁸³⁵

De tal modo, se é possível verificar um salto importante da primeira crítica ao positivismo para a crítica geral a qualquer metodologia descritiva na teoria do direito,⁸³⁶ também seria possível observar um contínuo crítico. Isto, pois, segundo Juliano Maranhão, “a evidência usada por Dworkin para apontar defeito no tratamento dos princípios e caracterizar a profundidade da discrepância sobre critérios de identificação do direito é a mesma”: os chamados “casos difíceis” (*hard cases*). Segundo o entendimento de Maranhão, isso permitiria “uma apresentação unificada do argumento”.⁸³⁷

Maranhão propõe um modelo explicativo do problema metodológico na teoria contemporânea do direito baseado em três perguntas fundamentais, a partir das quais seria possível organizar o debate:

O que É o direito? (daqui para frente referida por E)
Como Interpreto o direito? (referida por I)
Como Deve ser o direito? (referida por D)⁸³⁸

⁸³³ MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.53.

⁸³⁴ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1984.

⁸³⁵ MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.53.

⁸³⁶ Esse salto é pautado principalmente pelo que Juliano Maranhão chama de *tese de valoração moral*. A tese da valoração moral pode ser formulada do seguinte modo: “*para compreender o direito como prática social é necessário atribuir-lhe algum propósito, o que carrega valorações morais*”. (MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.40).

⁸³⁷ MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.53.

⁸³⁸ MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.32.

Em geral, os positivistas clássicos encaram as questões iniciais entendendo que $E \neq I = D$ e oferecem as seguintes respostas, que Maranhão organiza em quatro teses (fontes sociais, objetividade forte, separação e discricionariedade):

O que é direito? É o conjunto das regras provenientes das fontes sociais convencionadas como dotadas de autoridade (*tese das fontes sociais*);

Como o direito é interpretado? Não é, ou não importa. O conteúdo do direito é dado pelo núcleo de sentido claro das regras válidas (*tese da objetividade forte das fontes*). Naquilo que não for claramente indicado pelas regras, as autoridades convencionadas têm poder para determinar o conteúdo, inclusive com base em razões extra-jurídicas (*tese da discricionariedade*);

Como deve ser o direito? Não importa para o conhecimento ou identificação do que é o direito, apenas para sua crítica (*tese da separação*).⁸³⁹

O positivismo teria de lidar com a forma oblíqua pela qual Dworkin afirma que $E = D$ (Maranhão denomina tal proposição de *tese da valoração*). Isto é:

se o direito é identificado por intermédio da interpretação ($E = I$) e se essa atividade envolve um posicionamento dos participantes (e do teórico) sobre como a prática deve ser ($I = D$), então as questões $E = I = D$ demandam um esforço de argumentação normativa e não de explicação descritiva.⁸⁴⁰

A crítica de Dworkin provocou uma grande divisão entre os positivistas e mostrou que aquilo que havia sido dado como certo, na realidade, “envolvia diferenças importantes, principalmente com relação ao papel da interpretação e o pressuposto de objetividade desse núcleo de sentido”.⁸⁴¹ Após a crítica interpretativista de Dworkin, os positivistas que aparentemente constituíam bloco monolítico se dividiram em dois

⁸³⁹MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.39, 40.

⁸⁴⁰MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.49.

⁸⁴¹MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.28.

grupos frontalmente rivais: os *inclusivistas* (também chamados *incorporacionistas* ou *positivistas soft-core*)⁸⁴² e os *exclusivistas* (ou *positivistas hard-core*).⁸⁴³

Os *inclusivistas* formularam uma resposta a Dworkin por meio da adoção de uma versão fraca da tese das fontes sociais. Isto é, além de indicação de instituições dotadas de autoridade para criar regras jurídicas, seria possível que a regra de reconhecimento incorporasse critérios morais para a identificação do direito, tornando a “relação entre princípios morais e o direito apenas *contingente*”.⁸⁴⁴ Uma vez incorporados na regra de reconhecimento, esses critérios de moralidade, podem: (i) “ser condições positivas que geram *standards* de conduta”; (ii) ou “apenas estabelecerem limites (negativos) ao uso da autoridade pelas instituições (e.g. ‘é direito tudo o que autoridade determinar a não ser que se viole a igualdade entre cidadãos’)”.⁸⁴⁵ Isto significa que, em última análise, “seria a convenção social um fato contingente a determinar a presença ou não de critérios morais na regra de reconhecimento”, ou seja, quebra-se “a premissa de Dworkin de que haveria, necessariamente, razões jurídicas sem *pedigree*, cujo fundamento de validade seria seu mérito moral”.⁸⁴⁶

Diante da crítica de Dworkin, portanto, os juspositivistas inclusivistas afirmam que os princípios “são vinculantes se e porque em conformidade com os critérios morais da regra de reconhecimento”.⁸⁴⁷ De tal modo, a atividade de interpretação e

⁸⁴²Entre seus representantes estão: o pós-escrito de HART, H.L.A. [1961] *The Concept of Law*...Ob.cit; COLEMAN, Jules. **The Practice of Principle**: in defence of a pragmatist approach to legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2003; WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 2003; HIMMA, Kenneth Einar. “Inclusive legal positivism”. In: **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002; e MORESO, Josep Juan. “In defense of inclusive legal positivism” In: CHIASSONI, Pierluigi (ed.). **The Legal Ought**. Torino: Giappichelli, 2001. pp. 37-63.

⁸⁴³Entre os mais destacados estão: RAZ, Joseph. [1979] **The Authority of Law**: Essays on Law and Morality. Oxford: Oxford University Press, 2002; RAZ, Joseph. [1994] **Ethics in the Public Domain**: essays in the Morality of Law and Politics. Oxford: Oxford University Press, 2001; BULYGIN, Eugenio. **El Positismo Jurídico**. México.D.F: Fontamara, 2006; BULYGIN, Eugenio. “Alexy Between Positivism and Non-positivism”. In: BAYÓN, Juan Carlos et. al. **Neutrality and Theory of Law**. Dordrech: Springer, 2013. pp. 49-59; MARMOR, Andrei. [1990] **Interpretation and Legal Theory**. Oregon: Hart Publishing, rev. 2ª ed., 2005; MARMOR, Andrei. “Exclusive Legal Positivism”. COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (eds.), **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford, Oxford University Press, 2005; SHAPIRO, Scott J. “On Hart’s way out”. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart’s Postscript**: Essays on the Postscript to the Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2005. pp. 149-191; e HACKER, Peter. M. S. “Hart’s Philosophy of Law”. In: HACKER, Peter. M. S.; Raz, J. (ed.). **Law, Morality, and Society**: Essays in Honour of H. L. A. HART. Oxford: Clarendon Press, 1988. pp.1-25.

⁸⁴⁴MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.64.

⁸⁴⁵MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.64.

⁸⁴⁶MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.64.

⁸⁴⁷MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.64.

argumentação com base em princípios seria abarcada pela teoria da validade ($E=I$), sem que, com isso, se permita a ligação $I=D$, ou seja, a indagação “o que é o direito” estaria relacionada à questão acerca de como se interpreta o direito. Todavia, afirmar isso não nos conduz à afirmação de que o questionamento acerca de como o direito é interpretado implique adentrar em considerações acerca de como o direito deveria ser. Nas palavras de Maranhão, a resposta dos inclusivistas é de que a “interpretação principiológica é jurídica porque baseada em critérios socialmente identificados, ainda que com conteúdo moral, mantendo-se distinta a questão entre o que o direito é e como ele deve ser”, podendo ser formalizada do seguinte modo: $E=I \neq D$.

Por sua vez, os exclusivistas formularam uma resposta a Dworkin por meio da adoção de uma versão forte da tese das fontes sociais. Isto é, aceita-se “que a força vinculante dos princípios esteja fundamentada em seu mérito moral”,⁸⁴⁸ como sustenta Dworkin, porém, rejeita-se a conclusão de “que esses façam parte do direito ou constituam razões jurídicas”.⁸⁴⁹ Para os exclusivistas, o fato de os tribunais recorrerem ao emprego de razões morais que não satisfazem os requisitos da regra de reconhecimento apenas demonstraria a validade da tese da discricionariedade, sustentada por eles. Assim, diferentemente dos inclusivistas, “afirmam que razões de fundamento moral *necessariamente não fazem parte do direito*”, formalizada na seguinte proposição: $E \neq I=D$.⁸⁵⁰

De tal modo, Maranhão afirma que a distinção entre *interpretivistas* (e *jusnaturalistas* contemporâneos), *inclusivistas* e *exclusivistas* estaria, respectivamente, “na *necessidade, contingência e impossibilidade* da incorporação de parâmetros morais na identificação das normas válidas”.⁸⁵¹ No âmbito do positivismo jurídico epistemológico contemporâneo, “[e]nquanto os inclusivistas cedem espaço à moralidade e sua incorporação pelos critérios de validade, os exclusivistas reafirmam

⁸⁴⁸MARANHÃO, Julianio S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.64.

⁸⁴⁹MARANHÃO, Julianio S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.64.

⁸⁵⁰MARANHÃO, Julianio S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.64.

⁸⁵¹MARANHÃO, Julianio S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p. ; Cf. WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive Legal Positivism**...Ob.cit. Cap. 4. Para uma apresentação detalhada das distinções entre inclusivismo e exclusivismo e apreciação dos argumentos e teses em favor de uma ou outra versão do positivismo, ver: MARMOR, Andrei. “Exclusive Legal Positivism”. COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (eds.), **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford, Oxford University Press, 2005; HIMMA, Kenneth Einar. “Inclusive legal positivism”..Op.Cit; HIMMA, Kenneth Einar. **Derecho y Moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. Interessante também é a visão de Dworkin do debate em: DWORKIN, Ronald. M. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006. pp. 187-222.

as teses do positivismo clássico e as desenvolvem para fechar a possibilidade de incorporação”.⁸⁵²

Como ressalta o jusfilósofo, o ataque do interpretativismo “trouxe um avanço importante ao seio da teoria analítica, consistente no resgate da hermenêutica e da justificação de normas e decisões jurídicas por princípios morais ou de políticas públicas colhidos pela vivência do direito em uma comunidade”.⁸⁵³ Estando os princípios morais na base das valorações que justificam a criação de normas, surge a importante questão: *seriam esses princípios extrajurídicos ou jurídicos?* Os exclusivistas sustentam a negação do caráter jurídico dos princípios empregados pelos tribunais, por outro lado, os inclusivistas sustentam que tais parâmetros normativos são jurídicos e que poderiam ser identificados com recurso à regra de reconhecimento. Todavia, antes de encerrar o presente tópico, é necessário destacar, de modo muito sucinto, dois importantes apontamentos: (a) primeiramente, que apesar do forte ataque de Dworkin ao juspositivismo epistemológico e do fértil desenvolvimento posterior experienciado por esta perspectiva jusfilosófica, sua crítica parece estar fundada em um equívoco lógico; (b) em segundo lugar, haveria atualmente uma terceira possibilidade juspositivista para se enfrentar a crítica dworkiniana para além do inclusivismo e do exclusivismo.

(a) Como destaca Julianio Maranhão, o argumento anti-positivista de Dworkin pode ser reconstruído logicamente do seguinte modo: *a) a tese das fontes sociais* estaria equivocada, pois “é insuficiente para explicar o conjunto de diretivas ou razões que os juízes consideram como legalmente vinculantes”;⁸⁵⁴ *b) a tese da discricionariedade* também deve ser rejeitada, “pois em casos não claros as escolhas não são arbitrárias, sendo antes fundamentadas nesses princípios vinculantes”;⁸⁵⁵ *c)* assim, “se a força vinculante dos princípios como razão jurídica para a ação ou decisão não é baseada na convenção social sobre as fontes, então deve decorrer de uma valoração do mérito moral de seus conteúdos”.⁸⁵⁶ A proposição *c)* atua como o conseqüente de uma implicação que têm como premissas as proposições *a)* [“a convenção não inclui os princípios”] e *b)* [“os princípios constituem pautas de comportamento vinculantes para os juízes”] e afirma que: “*a força vinculante dos*

⁸⁵²MARANHÃO, Julianio S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.65.

⁸⁵³MARANHÃO, Julianio S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.28.

⁸⁵⁴MARANHÃO, Julianio S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.118.

⁸⁵⁵MARANHÃO, Julianio S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.118.

⁸⁵⁶MARANHÃO, Julianio S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.118.

princípios como razões jurídicas decorre do mérito moral de seu conteúdo".⁸⁵⁷ Conforme Maranhão, o "golpe ao positivismo está no conseqüente da conclusão c, que liga a identificação do que é direito a valorações morais", desdobrando-se "na tese de que essa valoração moral determinante do conteúdo de decisões em casos difíceis é resultado de uma valoração do propósito que atribuem a sua própria atividade e ao direito como um todo".⁸⁵⁸

Diante disso, Maranhão explica que os exclusivistas discordam da premissa a) do argumento de Dworkin, pois afirmam que *"princípios são vinculantes, mas não como razões jurídicas"*.⁸⁵⁹ Isso significa que, para o juspositivismo exclusivista, casos jurídicos que envolvem princípios seriam casos a serem julgados por meio do recurso à discricionariedade judicial, "no sentido de que as autoridades podem empregar tanto razões jurídicas como outras razões não-jurídicas que os vinculem".⁸⁶⁰ Já os inclusivistas rejeitam a premissa b) do argumento dworkiniano, pois sustentam que *"princípios podem fazer parte da convenção sobre as fontes"*.⁸⁶¹ Assim sendo, ambas as vertentes juspositivistas procuram responder a crítica de Dworkin por meio da adoção da mesma estratégia, qual seja, negar a veracidade de uma das premissas de seu raciocínio. Todavia, uma estratégia distinta e possível seria reconhecer a veracidade das premissas a) e b), mas negar que delas se siga lógica e necessariamente a conclusão c), ou seja, nega-se a relação de implicação entre antecedente(s) e conseqüente afirmada por Dworkin, sustentando-se a conclusão c*) que pode ser expressa do seguinte modo: *"princípios são vinculantes como razões jurídicas, mas sua força vinculante pode não decorrer do mérito moral de seus conteúdos"*.⁸⁶²

Isso pode ser explicado do seguinte modo:

O ponto aqui é que a aceitação dos princípios como razões jurídicas, mas desprovidos de fonte (fora dos critérios da convenção) não significa que devo aceitar como razões jurídicas padrões de conduta unicamente por seu mérito moral. Há um salto no argumento de Dworkin. Ser parte dos critérios da convenção sobre as fontes não é a única forma de uma pauta de comportamento adquirir juridicidade. Esse seria o caso se fosse demonstrado que os princípios morais e políticas públicas são completamente *independentes* da convenção

⁸⁵⁷MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.118.

⁸⁵⁸MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.118.

⁸⁵⁹MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.119.

⁸⁶⁰MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.119.

⁸⁶¹MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.119.

⁸⁶²MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.120.

sobre as fontes. E essa *independência* foi apenas presumida ou tomada como óbvia. Resta ainda a possibilidade de que a autoridade jurídica dos princípios seja *herdada* da autoridade das regras baseadas nas fontes, pela relação específica que guarda com o conteúdo dessas regras.⁸⁶³

Em suma, diferentemente da estratégia adotada por exclusivistas e inclusivistas, seria possível rejeitar a crítica interpretativista afirmando-se que ela se encontra fundada em um equívoco lógico, ou seja, que Dworkin teria incorrido em *non sequitur*.

(b) Assim sendo, haveria uma terceira possibilidade juspositivista para se enfrentar a crítica dworkiniana para além do inclusivismo e do exclusivismo, ou seja, uma vertente que afirme a conclusão c*) [v.g. “*princípios são vinculantes como razões jurídicas, mas sua força vinculante pode não decorrer do mérito moral de seus conteúdos*”]. É exatamente esse o entendimento sustentado pelo *positivismo jurídico lógico-inclusivo* ou *inclusivismo lógico*, criado por Juliano Maranhão. Não é o caso de explicar detalhadamente essa teoria aqui, mas apenas ressaltar que existe atualmente ainda outra possibilidade de afirmação do juspositivismo epistemológico em detrimento do ataque jusmoralista de Dworkin. De modo sintético, o *inclusivismo lógico* afirma que princípios morais e de políticas públicas seriam jurídicos “*porque e na medida em que proporcionem uma justificação coerente das normas jurídicas válidas (e não o contrário, i.e. tais regras seriam válidas por conta de seu mérito moral ou porque aderem a um conjunto de valores morais)*”.⁸⁶⁴ Em suma, princípios jurídicos são *razões jurídicas*, pois “*estão implícitos no conteúdo conceitual das regras cuja identificação é compartilhada quando tomadas como um ato racional em uma determinada construção interpretativa. São o resultado de inferências abduativas a partir do conteúdo dessas regras*”.⁸⁶⁵ Para o *positivismo jurídico lógico-inclusivo*, “o direito é a classe de possíveis sistemas que compõem a melhor explicação inferida (abdutivamente) para o conjunto de instâncias básicas compartilhadas pela comunidade jurídica”.⁸⁶⁶

⁸⁶³MARANHÃO, Juliano S.A.; RODRIGUES, Renê C. “Recurso a princípios morais necessariamente implica valoração moral na identificação do direito?”. No prelo. Cf. MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.120.

⁸⁶⁴MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.120.

⁸⁶⁵MARANHÃO, Juliano S. A. **Positivismo Jurídico**...Op.Cit. p.120.

⁸⁶⁶MARANHÃO, Juliano S.A.; RODRIGUES, Renê C. “Recurso a princípios morais necessariamente implica valoração moral na identificação do direito?”. No prelo. Conferir também: RODRIGUES, Renê C. “O Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo: uma nova proposta teórica da compreensão da

Diante do exposto, indagamos novamente: o positivismo jurídico epistemológico é realmente apenas um modelo de regras, sendo incapaz de lidar com esse padrão normativo diferenciado denominado de “princípio”? A resposta é clara: não, o positivismo jurídico se desenvolveu significativamente após as críticas de Dworkin e demonstrou ser perfeitamente capaz de lidar com esse padrão normativo denominado “princípio” (seja ele “constitucional” ou “implícito”), oferecendo ao menos duas perspectivas teóricas distintas de trabalho para explicar o direito contemporâneo tal como se ele apresenta nos Estados Constitucionais.⁸⁶⁷

4.12 O POSITIVISMO JURÍDICO EPISTEMOLÓGICO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

O discurso neoconstitucionalista sustenta que, no atual momento da teoria constitucional e da teoria do direito, seria necessário assumir uma “postura doutrinária sincera e corajosa e admitir que o positivismo jurídico e a mentalidade que lhe deu sustentação encontram-se desajustados” diante da “realidade das ordens constitucionais atuais, estabelecidas como sistemas abertos de regras e princípios”.⁸⁶⁸ O advento do Estado Constitucional teria alterado o fenômeno jurídico de modo tão profundo que o próprio conceito de direito não poderia mais ser concebido corretamente por meio da adoção da tese da separabilidade conceitual entre o direito e a moral e da tese das fontes sociais, sendo necessário o consequente abandono da tese epistemológica da descrição moralmente neutra para se identificar o direito válido nos ordenamentos jurídicos constitucionalizados. O positivismo jurídico estaria

racionalidade do direito”. Texto apresentado no *I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino* (ILATINA), em Alicante, 2016. Disponível em: <http://migre.me/wku1z>.

⁸⁶⁷Todavia, o desenvolvimento do juspositivismo epistemológico na contemporaneidade não se limita ao debate interno entre inclusivistas e exclusivistas, típico da literatura anglo-americana. Há muitas outras abordagens atuais visando dar conta do fenômeno jurídico no Estado Constitucional, tais como o “positivismo presuntivo” de Schauer, o “garantismo” de Ferrajoli, o “realismo analítico” da escola genovesa, a jusfilosofia analítica argentina, que continua se desenvolvendo significativamente (sobre a temática dos princípios implícitos, vide os estudos de Juan Pablo Alonso) e, como ressaltado brevemente ao final do tópico, o “inclusivismo lógico” de Jualiano Maranhão. Todas essas posturas epistemológicas se enquadram na perspectiva do juspositivismo epistemológico e conseguem – cada uma à sua maneira – fornecer uma boa descrição do direito positivo tal como se ele apresenta nos Estados Constitucionais.

⁸⁶⁸ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo e Superação da Perspectiva Positivista do Direito**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, 2011. p.203.

superado como teoria do direito, sendo incapaz de fornecer uma explicação apropriada do fenômeno jurídico nas democracias constitucionais.⁸⁶⁹

Assim sendo, é preciso indagar: o positivismo jurídico está realmente superado como teoria do direito pelo neoconstitucionalismo (ou pós-positivismo forte) no âmbito dos Estados Constitucionais? De modo mais extensivo, podemos indagar: é realmente necessário desenvolver uma abordagem teórica diferente do positivismo jurídico para dar conta do funcionamento do fenômeno jurídico tal como ele se apresenta atualmente nas democracias constitucionais?

É certo que o fenômeno jurídico apresenta um grau de complexidade muito mais elevado no Estado Constitucional do que aquele que possuía anteriormente no Estado Legislativo. Segundo o jusfilósofo italiano Giorgio Pino, “o conceito de validade jurídica muda radicalmente nos Estados Constitucionais” não sendo mais possível reduzir a validade de uma norma jurídica ao seu mero ato de promulgação formalmente correto.⁸⁷⁰ Nos Estados Constitucionais, a identificação da validade jurídica de uma norma, conforme Pino, envolveria um raciocínio sobre a compatibilidade da norma promulgada de forma procedimentalmente correta com elementos substanciais de normas superiores e, em último caso, com normas constitucionais (por exemplo, a compatibilidade com o conteúdo de direitos fundamentais). Diante do fato de que os textos constitucionais positivam enunciados com evidente carga axiológica e que o conteúdo de tais enunciados condicionam a validade jurídica das normas infra-constitucionais, a questão que deveria ser enfrentada seria: essa maneira de se compreender a validade jurídica é consistente com a tese da descrição moralmente neutra?

Para Pino, a neutralidade moral é justificada por dois requisitos: (i) a necessidade de se evitar a “falácia naturalista” relacionada à “Lei de Hume” que determina a impossibilidade de se derivar proposições prescritivas de proposições descritivas; e (ii) a necessidade de se manter o estudo científico do direito separado de sua avaliação política ou moral. Segundo Pino, o fato de a identificação da validade jurídica envolver um raciocínio sobre o conteúdo moral das regras, não significa que

⁸⁶⁹Como demonstra Claudina Orunesu, este discurso não se restringe ao âmbito brasileiro, sendo também comum na Argentina. Cf. ORUNESU, Claudina. **Positivismo Jurídico y Sistemas Constitucionales**. Editorial Marcial Pons, 2012. Ver também: ATIENZA, Manuel. “Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico”. In: ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Para una Teoría Postpositivista del Derecho**. Lima: Palestra Temis, 2009. p. 157-180.

⁸⁷⁰PINO, Giorgio. “The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States”. In: **Law and Philosophy**. September, Volume 18, Issue 5, 1999. p.534.

o jurista (enquanto cientista do direito) tenha de assumir um ponto de vista moral perante o direito positivo, procurando, de algum modo, justificá-lo.

Para o jusfilósofo italiano, o “simples fato de que um cientista [*scholar*] do direito use ‘ferramentas’ carregadas de valor (que são incorporadas nas normas constitucionais) não significa que ele ou ela tenham de compartilhar os mesmos valores”.⁸⁷¹ De tal modo, Pino sustenta que valorações parecem desempenhar um papel no conhecimento jurídico, mas somente os valores que são internos à prática jurídica que deveriam ser levados em consideração, e não quaisquer valores que o cientista do direito tente introduzir no sistema.⁸⁷² De tal modo ficaria resguardada a tese da neutralidade moral. Assim, Pino sustenta não haver incompatibilidade entre o positivismo jurídico (epistemológico) e o fenômeno jurídico tal como ele se apresenta nos Estados Constitucionais.⁸⁷³

No tópico anterior, apontamos que tanto o positivismo jurídico *inclusivismo* quanto o *exclusivo* desenvolveram respostas à crítica de Dworkin acerca da impossibilidade de um conhecimento jurídico moralmente neutro. Todavia, ainda há outras abordagens juspositivistas que também são capazes de fornecer uma explicação adequada da complexidade que o direito positivo apresenta nas democracias constitucionais, tais como o garantismo de Luigi Ferrajoli, o realismo analítico dos jusfilósofos genoveses e o inclusivismo lógico de Juliano Maranhão.

Portanto, tendo analisado uma série de críticas feitas pelo discurso neoconstitucionalista ao positivismo jurídico, notamos que a suspeição política e a rejeição teórica do positivismo jurídico como sendo uma perspectiva jusfilosófica ultrapassada não podem ser tomadas como justificadas. O que se observa é que a imagem que o discurso neoconstitucionalista brasileiro promove do juspositivismo é fundada numa série de mal-entendidos e confusões, gerando uma figura deformada e caricatural que mais se assemelha ao positivismo jurídico ideológico do século XIX (paleo-juspositivismo) do que ao que efetivamente se produz no âmbito da teoria analítica do direito atualmente. Quando deixamos claras as diferenças entre as duas perspectivas (juspositivismo ideológico x juspositivismo epistemológico), boa parte das críticas perdem o sentido. Por outro lado, as teorias que confrontam, de fato, as teses fundamentais do positivismo jurídico epistemológico (como a de Dworkin, por

⁸⁷¹ PINO, Giorgio. “The Place of Legal Positivism ...” Op.Cit. p. 535,537.

⁸⁷² PINO, Giorgio. “The Place of Legal Positivism ...” Op.Cit. p.536

⁸⁷³ PINO, Giorgio. “The Place of Legal Positivism ...” Op.Cit. p.536

exemplo) não lograram êxito em demonstrar a obsolescência do positivismo jurídico. Ao contrário, as críticas feitas ao juspositivismo epistemológico acabaram tendo o efeito inverso, promovendo uma atualização interna e um fértil desenvolvimento teórico dessa corrente jusfilosófica.

Assim, podemos retomar a pergunta feita no início deste capítulo: “O positivismo jurídico epistemológico encontra-se superado como teoria do direito no âmbito das democracias constitucionais contemporâneas?” Deveríamos deixar para trás o positivismo jurídico, como instaram Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero?⁸⁷⁴A resposta pode ser concebida do seguinte modo: o positivismo jurídico epistemológico (compreendido como sendo uma corrente jusfilosófica que engloba várias teorias do direito diferentes entre si) é capaz de fornecer um relato de cunho descritivo, moralmente neutro e adequado do direito positivo tal como ele se apresenta nas democracias constitucionais contemporâneas.

O juspositivismo epistemológico é uma metalinguagem descritiva capaz de apreender a complexidade apresentada pela linguagem-objeto, consistente no direito positivo de ordenamentos jurídicos constitucionalizados. Portanto, ao contrário do que afirma o discurso jusmoralista popularizado na literatura jurídica brasileira pelo neoconstitucionalismo, o positivismo jurídico não se encontra superado no âmbito dos Estados Constitucionais e não é necessário desenvolver uma abordagem teórica diferente do positivismo jurídico (v.g. que rejeita alguma de suas três teses fundamentais) para dar conta do funcionamento do fenômeno jurídico tal como ele se apresenta atualmente nas democracias contemporâneas. Ao final, junto a Mauro Barberis, podemos concluir este capítulo afirmando que a tese principal do discurso neoconstitucionalista de superação do juspositivismo epistemológico “não é somente errada, mas desastrosamente errada”.⁸⁷⁵Em suma, ao invés de aceitarmos o conhecido apelo de Atienza e Ruiz Manero, talvez esteja na hora de sermos honestos e ouvirmos a recomendação de Pierluigi Chiassonide deixar para trás o anti-positivismo.⁸⁷⁶

⁸⁷⁴ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”. In: **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. núm. 27. Octubre. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2007. pp. 7-28.

⁸⁷⁵ BARBERIS, Mauro. “Neoconstitucionalismo”. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. nº.7 - Jan/Jun. Vol.1. 2006, p.24.

⁸⁷⁶ CHIASSONI, Pierluigi. “Dejemos atrás el antipositivismo”. In: AGUILÓ REGLA, Josep; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Ed.). **Sobre el Razonamiento Judicial**. Una discusión con Manuel Atienza. Lima: Palestra, 2017. pp.103-126.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A primeira coisa a ser observada com respeito a todas as controvérsias entre grupos científicos é o grande número de mal-entendidos mútuos que ocorrem. [...] Assim, grande parte da luta é direcionada contra posições que são verdadeiras fortalezas hostis na imaginação do guerreiro mas que, bem examinadas, revelam ser apenas moinhos de vento.

Joseph Schumpeter.

Mal-entendidos fazem parte de nossa vida cotidiana. Mesmo no âmbito de áreas especializadas, como no meio científico ou filosófico, por exemplo, a ocorrência de confusões e equívocos é mais comum do que poderíamos imaginar num primeiro momento. A citação de Schumpeter, em epígrafe, não deixa de nos remeter a uma figura que constitui uma das maiores personagens da literatura universal. Há muito, Miguel de Cervantes nos contou a história de um fidalgo já de certa idade que decide tornar-se um cavaleiro andante, saindo pelas terras da Mancha, Aragão e Catalunha ao lado de seu amigo e fiel companheiro, travando épicas batalhas contra inúmeros moinhos de vento, que ele confunde como sendo a fisionomia de poderosos gigantes. Tal qual *Don Quixote de la Mancha*, alguns filósofos e cientistas engajam-se em longas, desgastantes e custosas campanhas bélicas contra teorias (supostamente) inimigas que constituem “verdadeiras fortalezas hostis na imaginação do guerreiro mas que, bem examinadas, revelam ser apenas moinhos de vento”. De um ponto de vista argumentativo, essa situação parecer ser similar ao caso da *falácia do espantinho*. Tal paralogismo ocorre quando o interlocutor ataca não a posição exata do adversário, mas uma versão distorcida desta, mais fácil de refutar. Essa falsa imagem pode consistir tanto numa opinião fictícia não defendida pelo oponente quanto numa deturpação de suas afirmações, atribuindo a elas um significado não afirmado pelo adversário. Essa imagem do *Cavaleiro da Triste Figura* que crê enfrentar gigantes quando na verdade luta contra moinhos de vento parece ser bem adequada à situação vivenciada pelos juristas adeptos do neoconstitucionalismo no contexto da teoria do direito brasileira.

Tendo em vista que nos últimos trinta anos tornou-se comum na área jurídica brasileira (doutrinária e jurisprudencial) a aceitação de um discurso que afirma a superação do positivismo jurídico enquanto teoria do direito, o presente trabalho

procurou investigar a seguinte indagação: é realmente necessário desenvolver uma abordagem teórica diferente do positivismo jurídico para dar conta da complexidade do funcionamento do fenômeno jurídico tal como ele se apresenta, atualmente, nas democracias constitucionais? Assim sendo, o estudo teve como tema central a questão da atualidade do positivismo jurídico, ou seja, procurou-se examinar a *questão da superação do positivismo jurídico no âmbito das democracias constitucionais contemporâneas*.

O discurso neoconstitucionalista sustenta que o juspositivismo teria falhado tanto de um ponto de vista político quanto de um ponto de vista metodológico, sendo incapaz de fornecer uma descrição apropriada do fenômeno jurídico nas democracias constitucionais contemporâneas, o que nos levaria à constatação da superação definitiva do positivismo jurídico em face da perspectiva neoconstitucionalista. De tal modo, o problema investigado neste estudo pode ser (re)formulado do seguinte modo: “*o positivismo jurídico [epistemológico] encontra-se superado como teoria do direito no âmbito das democracias constitucionais contemporâneas?*”. De modo mais extensivo, podemos indagar: é realmente necessário desenvolver uma abordagem teórica diferente do positivismo jurídico [epistemológico] para dar conta do funcionamento do fenômeno jurídico tal como ele se apresenta atualmente nas democracias constitucionais? A tese sustentada pelo discurso jusmoralista do neoconstitucionalismo no âmbito da teoria do direito brasileira pode ser enunciada de forma afirmativa do seguinte modo: “*sim, o positivismo jurídico epistemológico encontra-se superado como teoria do direito no âmbito das democracias constitucionais contemporâneas*”.

Assim sendo, nossa investigação teve objetivo verificar a veracidade ou a falsidade dessa proposição. Isso foi feito por meio de reconstruções argumentativas e análises conceituais. É possível dizer que o trabalho elegeu a tese neoconstitucionalista como proposição lógica central e a submeteu a testes críticos (argumentos contrários) no intuito averiguar se ela pode ser tomada como verdadeira ou se, ao contrário, deve ser tida como falsa. Nossa hipótese inicial era a de que tal proposição deveria ser considerada falsa, ou seja, de que as críticas feitas ao positivismo jurídico pelos neoconstitucionalistas não conduzem necessariamente à sua rejeição como teoria descritiva do funcionamento do fenômeno jurídico tal como ele se apresenta atualmente nas democracias constitucionais.

Para verificarmos a veracidade/falsidade da tese neoconstitucionalista de superação do juspotivismo dividimos nossa investigação em três grandes partes ou capítulos. O objetivo do primeiro capítulo foi desenvolver uma análise metateórica de um discurso jusfilosófico que sustenta a superação do positivismo jurídico como teoria do direito e compreender os motivos para se afirmar tal obsolescência. Para isso, realizamos uma reconstrução analítica dos argumentos desenvolvidos por dois de seus maiores representantes, os constitucionalistas brasileiros Paulo Bonavides e Luís Roberto Barroso. Como ambos contribuíram significativamente para a consolidação desse discurso teórico no território brasileiro, procuramos compreender o sentido que tais autores atribuem aos termos *Neoconstitucionalismo* e *Pós-positivismo*. Ao final do capítulo, fizemos uma incursão na doutrina internacional (em especial, na esfera da jusfilosofia italiana) objetivando compreender a origem do termo *Neoconstitucionalismo*, seu sentido inicial, e a necessidade de ressignificar tal conceito visando torná-lo menos vago e problemático por meio de uma definição estipulativa. Assim, podemos compreender o *neoconstitucionalismo* não como um conjunto de transformações institucionais ocorridas no âmbito do fenômeno jurídico após a II Guerra Mundial, mas como sendo uma corrente jusfilosófica constituída por um conjunto heterogêneo de teorias do direito que sustentam a *tese da conexão conceitual necessária entre o direito e a moral* de um modo distinto das teorias que compõem o jusnaturalismo. Tais teorias afirmam que, ao sustentar a separação do direito da moral, o positivismo jurídico estaria superado por não ser capaz de explicar o grau de complexidade que o direito positivo assume no âmbito dos Estados Constitucionais.

Mas, afinal de contas, o que é o positivismo jurídico contemporâneo? O objetivo do segundo capítulo foi justamente tentar esclarecer o sentido do que podemos compreender pela expressão “positivismo jurídico”. Salientamos que, se desejamos bem compreender o seu significado, é fundamental não confundir direito positivo e teoria do direito, ou seja, linguagem-objeto e metalinguagem. Apesar de certamente haver uma circularidade na cultura jurídica que evidencia uma influência recíproca entre essas duas formas de discurso, tratam-se de coisas distintas que não devem ser confundidas. Após termos realizado uma investigação de cunho analítico e desconstrutivista, podemos afirmar que o *positivismo jurídico epistemológico* é uma corrente jusfilosófica composta por várias teorias e vertentes distintas e heterogêneas (v.g. teoria pura do direito; realismos jurídicos; *analytical jurisprudence*, etc),

fundamentada no *convencionalismo* (sendo aceitável como ontologia das entidades convencionais tanto a *tese da objetividade mínima* quanto a *tese do convencionalismo profundo*) e que tem o seu núcleo de sentido, ou seja, seu conteúdo mínimo definitório reduzido a três teses básicas que, apesar de autônomas entre si, são todas logicamente necessárias: (i) a *tese da separação conceitual entre o direito e a moral* (apenas na forma da *tese da não-conexão identificatória entre direito e moral*); (ii) a *tese dos fatos sociais* (podendo ser adotada em sua versão *forte* ou *fraca*); (iii) e a tese epistêmica geral de que o direito pode ser descrito metodologicamente de forma neutra (*wertfreiheit*, sendo aceitáveis tanto a *tese da descrição fática* quanto a *tese epistêmica da neutralidade*). As duas primeiras são teses de cunho *ontológico*, versando sobre o objeto cognoscível (o que é o direito), e a terceira consiste numa tese de caráter *epistemológico*, que versa sobre como se deve se aproximar metodologicamente do objeto cognoscível (o que é a ciência do direito). Ao final do capítulo, intentamos clarificar um pouco mais o sentido do positivismo jurídico na contemporaneidade por meio de uma breve exposição de seu recente desenvolvimento, crise e (re)afirmação teórica após a II Guerra Mundial.

Por fim, no terceiro capítulo tentamos analisar de modo honesto e desapassionado as principais críticas feitas pelos neoconstitucionalistas ao positivismo jurídico, intentando verificar se é razoável concluir pela veracidade da seguinte proposição: “*sim, o positivismo jurídico encontra-se superado como teoria do direito no âmbito das democracias constitucionais contemporâneas*”. O capítulo foi dividido em doze tópicos. Inicialmente, fizemos algumas considerações gerais com a finalidade de aprofundar melhor o sentido do discurso neoconstitucionalista tal como ele é feito pelos juristas no Brasil (tópicos 4.1 a 4.5) e, posteriormente, analisamos o mérito das principais críticas que embasam a tese neoconstitucionalista de superação teórica do positivismo jurídico (tópicos 4.6 a 4.12).

Ao final desta investigação, podemos constatar que o discurso neoconstitucionalista, aceito por parcela significativa dos doutrinadores pátrios, se assenta numa série de equívocos, confusões e mal-entendidos. De modo geral, parece-nos que as críticas ao positivismo jurídico desenvolvidas por esse discurso jusmoralista se fundamentam em pelo menos três erros lógicos: i) na *falácia do espantalho*, ii) na *falácia da composição* e iii) no *apelo à emoção*.

i) Observamos o recurso à *falácia do espantalho* quando autores neoconstitucionalistas no âmbito brasileiro sustentam, em uníssono, a superação

(paradigmática) do positivismo jurídico como teoria do direito – em especial diante do grau de complexidade que o direito positivo apresenta no contexto dos Estados Constitucionais –, mas dirigem boa parte dos seus ataques a uma falsa imagem dessa corrente jusfilosófica. De modo mais preciso, a estratégia argumentativa mais comum no âmbito da literatura jurídica brasileira consiste na descrição e na críticas das características típicas do juspositivismo ideológico (paleo-juspositivismo do século XIX), derivando-se, porém, conclusões no sentido de se rejeitar a validade teórica do juspositivismo epistemológico contemporâneo. O discurso neoconstitucionalista constrói uma imagem caricata e falsa do positivismo jurídico epistemológico, atribuindo a essa corrente jusfilosófica uma série de teses que nunca foram defendidas pelos seus membros, como a interpretação mecânica do direito, o monismo estatal, a validade jurídica como sinônimo de obrigação moral de obediência ao direito positivo e a existência de um direito avalorativo, por exemplo. Quando esclarecemos o sentido da expressão positivismo jurídico, diferenciando as posturas epistemológicas (descritivas) das ideológicas (justificadoras) e estabelecemos o núcleo mínimo de sentido do juspositivismo epistemológico (três teses fundamentais: *teses das fontes sociais*, *tese da separabilidade conceitual entre o direito e a moral* e *tese epistêmica da neutralidade moral*), observamos que as críticas neoconstitucionalistas feitas pelos teóricos brasileiros sequer atingem a verdadeira imagem do positivismo jurídico epistemológico contemporâneo.

ii) A *falácia da composição* consiste num paralogismo em que o interlocutor afirma que o todo possui a mesma propriedade das partes. Podemos verificar o recurso a esse equívoco lógico quando observamos o discurso neoconstitucionalista criticar duramente teses que, de fato, são aceitas e sustentadas por alguns juspositivistas epistemológicos em particular e, a partir dessa crítica, derivar conclusões contra todo o juspositivismo epistemológico, rejeitando-o *in totum* como empreendimento teórico de identificação e descrição do direito positivo. Isso ocorre quando se rejeita o juspositivismo epistemológico pelo fato desta corrente supostamente estar ligada ao ceticismo ético, ao paradigma da filosofia da consciência ou afirmar a discricionariedade judicial. Vários adeptos do positivismo jurídico epistemológico são céticos morais em questões de metaética. Alguns, de fato, construíram suas respectivas teorias do direito com fundamento em uma filosofia que se enquadra no paradigma filosófico da consciência e, ainda, é verdade que muitos juspositivistas aceitam a tese da discricionariedade judicial como modo de explicar o

que ocorre no processo de adjudicação do direito. Todavia, tais posturas não são aceitas por todos os juspositivistas e não fazem parte do conteúdo mínimo de sentido do juspositivismo epistemológico. A rejeição do positivismo jurídico como empreendimento epistemológico de descrição rigorosa do direito positivo de uma determinada comunidade em um determinado momento com fundamento em aspectos teóricos que não compõem seu conteúdo mínimo definatório significa, erroneamente, julgar o todo por características que pertencem unicamente às partes. Portanto, mesmo que hipoteticamente assumíssemos que as críticas a certas características particulares são procedentes, ainda assim não poderíamos afirmar validamente a superação do juspositivismo epistemológico como um todo.

iii) Por fim, como o próprio nome já ressalta, a falácia do *apelo à emoção* ocorre quando o interlocutor procura convencer o auditório da procedência de seu argumento recorrendo à instigação de paixões nos ouvintes, e não por meio de uma demonstração racional da validade de tese sustentada. Não é difícil perceber que o discurso neoconstitucionalista feito pelos juristas brasileiros incorre nessa falácia. A defesa da superioridade do jusmoralismo neoconstitucionalista é feita por meio de uma retórica inflamada e grandiloquente, que apela ao medo e à desconfiança ao associar o juspositivismo epistemológico com a legitimação de regimes totalitários. Não bastasse isso, procura despertar o sentimento de repulsa no ouvinte ao insinuar que o juspositivismo despreza a ideia de justiça, de valores humanos e que seria a perspectiva teórica assumida pelos juristas práticos e teóricos do nacional-socialismo na Alemanha. Assim sendo, as teorias juspositivistas são rotuladas pelos neoconstitucionalistas de modo pejorativo, duramente desqualificadas e encaradas como gravemente errôneas, obsoletas e mesmo imprestáveis. Tais asserções têm por objetivo induzir o auditório a acreditar que o neoconstitucionalismo é uma perspectiva jusfilosófica inegavelmente superior ao juspositivismo do ponto de vista teórico ao mesmo tempo em que arroga para si o mérito emocional da defesa da “justiça” ou da “ética”. O positivismo jurídico epistemológico é depreciado como sendo uma teoria “conservadora” ou “retrógrada” e seus adeptos, não raro, são encarados como inferiores intelectuais (ou morais).

Por certo, o discurso neoconstitucionalista tal como é desenvolvido no âmbito da literatura brasileira é significativamente distinto daquilo que afirmam os autores das teorias denominadas pelos jusfilósofos genoveses de neoconstitucionalistas (Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, etc) e muito mais simplista do que tais

teorias do direito. Entretanto, mesmo quando deixamos de lado os mal-entendidos cometidos pelos autores nacionais em sua crítica ao juspositivismo e consideramos o ataque significativamente mais forte de Ronald Dworkin (fundado na existência de razões vinculantes aplicadas pelos tribunais que não poderiam ser identificadas por meio do recurso à tese das fontes sociais) ao positivismo jurídico epistemológico, não conseguimos encontrar boas razões para afirmar, com segurança, que esta corrente jusfilosófica se encontra teoricamente superada. Isto porque, sob uma perspectiva histórica, o juspositivismo epistemológico se desenvolveu significativamente após a II Guerra Mundial e, de um ponto de vista metodológico, mesmo após as profundas críticas de Dworkin, o positivismo jurídico demonstrou que continua sendo uma perspectiva epistemológica capaz de fornecer uma descrição adequada do direito positivo de uma determinada sociedade mesmo quando o fenômeno jurídico apresenta um elevado grau de complexidade normativa tal qual nos ordenamentos jurídicos das democracias constitucionais contemporâneas.

Portanto, a conclusão da presente investigação é de que a proposição “*sim, o positivismo jurídico encontra-se superado como teoria do direito no âmbito das democracias constitucionais contemporâneas*” deve ser tomada como falsa, ou seja, de que realmente não há boas razões para se acolher as críticas dos neoconstitucionalistas ao positivismo jurídico enquanto teoria do direito e que tais críticas não conduzem, necessariamente, à sua rejeição como teoria descritiva do funcionamento do fenômeno jurídico tal como ele se apresenta atualmente no Estado Constitucional. É realmente necessário desenvolver uma abordagem teórica diferente do positivismo jurídico para dar conta da complexidade do funcionamento do fenômeno jurídico tal como ele se apresenta, atualmente, nas democracias constitucionais? A resposta é simples: não. O positivismo jurídico epistemológico, (compreendido como sendo uma corrente jusfilosófica que engloba várias teorias do direito diferentes entre si) é capaz de fornecer um relato de cunho descritivo, moralmente neutro e adequado do direito positivo tal como ele se apresenta nas democracias constitucionais contemporâneas.

O positivismo jurídico é uma perspectiva jusfilosófica que está preocupada, fundamentalmente, com a seguinte indagação composta: o que é o direito positivo e como posso identificá-lo? O positivismo jurídico não é uma teoria holista do direito que abarca todos os possíveis aspectos do fenômeno jurídico. Podemos dizer que é apenas uma teoria ontológica sobre o que é o direito e uma teoria

epistemológica sobre como ele deve ser cientificamente descrito. Precisamente por delimitar com rigor sua área de investigação é que nenhum filósofo do direito pode ser apenas um juspositivista. Não é da alçada do positivismo jurídico oferecer uma teoria normativa da argumentação jurídica ou da decisão judicial no sentido de orientar os magistrados a julgarem casos jurídicos conforme a moralidade política de um Estado Constitucional. O juspositivismo epistemológico também não oferece elementos para dizer como o direito deve ser criado em um Estado democrático ou mesmo uma teoria da justiça que permita a avaliação da legitimidade ou da moralidade do direito positivo. Assim sendo, entendemos que nada obsta o uso do termo “pós-positivismo” em seu sentido fraco, ou seja, para designar abordagens teóricas complementares ao relato descritivo feito pelo juspositivismo epistemológico.

Nosso objetivo, no presente trabalho, foi apenas verificar se o positivismo jurídico encontra-se de fato superado ou se ainda possui atualidade como perspectiva epistemológica que almeja descrever rigorosamente o direito positivo de uma determinada sociedade em determinado contexto. As considerações feitas neste estudo não autorizam a concluir pela superioridade do juspositivismo epistemológico perante o jusmoralismo neoconstitucionalista, ou seja, ambas as concepções filosóficas se esforçam em fornecer instrumentos teóricos e conceituais para a boa compreensão do direito positivo nos Estados Constitucionais. Não é o caso aqui de avaliar qual das duas perspectivas consegue promover a melhor compreensão do fenômeno jurídico contemporâneo e sim de demonstrar o equívoco de se afirmar a superação da corrente juspositivista. Em termos simples, a presente investigação não desqualifica como imprópria uma abordagem não-positivista do fenômeno jurídico, mas demonstra que o anti-positivismo (rejeição do positivismo jurídico como empreendimento epistemológico obsoleto – v.g. “pós-positivismo” em sentido forte) encontra-se fundamentado em uma série mal-entendidos e confusões, devendo ser seriamente rejeitado como uma postura teórica equivocada.

Em suma, a situação vivenciada pelos juristas adeptos do neoconstitucionalismo (“pós-positivismo” em sentido forte) no contexto da teoria do direito brasileira é muito semelhante à condição de Dom Quixote. Há um claro descompasso entre o idealismo anacrônico do cavaleiro em sua busca de justiça e a dura realidade na qual atua – o que não deixa de transparecer um elemento humorístico. De modo semelhante ao *Cavaleiro da Triste Figura*, os neoconstitucionalistas brasileiros acreditam que estão numa campanha bélica

guerreando contra gigantes quando, na verdade, se esforçam em golpear gigantesco espantalhos. O discurso neoconstitucionalista sustentado pela literatura jurídica no Brasil lança mão da *falácia do espantalho* para criar uma falsa imagem do positivismo jurídico epistemológico e assim travar uma guerra em prol do “retorno aos valores” e da defesa da “positivação dos valores” na Constituição de 1988. Quando nos atentamos para o verdadeiro sentido do juspositivismo epistemológico, a tese neoconstitucionalista da suposta superação não se sustenta minimamente. Tal como constatou Schumpeter, grande parte da luta neoconstitucionalista é direcionada contra posições que são verdadeiras fortalezas hostis na imaginação dos autores, mas que quando bem examinadas, revelam ser apenas moinhos de vento. Mesmo reconhecendo sua predominância atual no ideário dos juristas teóricos e práticos no território brasileiro, a história da consolidação do discurso neoconstitucionalista no Brasil é a história de uma sucessiva confusão de ideias. O registro de tais confusões pode nos ajudar a sermos um tanto mais desconfiados e cautelosos quando nos encontramos diante de afirmações grandiloquentes e emocionalmente carregadas em matéria de teoria do direito.

Parafraseando Juan Antonio García Amado, podemos afirmar que é possível ser um não-positivista sem mentir sobre o positivismo jurídico. Mesmo no contexto dos Estados Constitucionais, é possível afirmar ainda hoje que ‘a existência do direito é uma coisa, seu mérito ou demérito é outra’, tal como fez John Austin há mais de 180 anos. Portanto, contrariamente ao que afirma categórica e apaixonadamente o discurso neoconstitucionalista predominante no âmbito jurídico brasileiro (jurisprudencial e doutrinário), está mais do que na hora de ouvirmos o apelo formulado por Pierluigi Chiassoni e *deixarmos para trás o anti-positivismo*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL, Henrique. **Positivismo e Discricionariedade Judicial**: A Filosofia do Direito na encruzilhada do Constitucionalismo Contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015;

_____. **Discricionariedade Judicial e sua (In)Compatibilidade com o Estado Democrático de Direito**: Positivismo, pragmatismo e ceticismo no cenário do “pós-positivismo”. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito na UNISINOS, 2011;

ABELARD, Peter. [c.1079-1142] **Dialogus inter Philosophum, Judaeum et Christianum**. Stuttgart: Ed. R. Thomas. 1966;

AGUILÓ REGLA, Josep; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Ed.). **Sobre el Razonamiento Judicial**. Una discusión con Manuel Atienza. Lima: Palestra, 2017;

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. **Normative Systems**. New York: Springer-Verlag, 1971;

ALEXY, Robert. "Algunas reflexiones en torno a cómo m pensamiento jurídico haido desarrollándose con el paso de los años" *In*: PULIDO, Carlos Bernal (ed.). **La Doble Dimensión del Derecho**: autoridad y razón en la obra de Robert Alexy. Lima: Palestra, 2011, pp.59-87;

_____. [1992] **Conceito e Validade do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009;

_____. **La Doble Natureza del Derecho**. Madrid: Trotta, 2016;

_____. "On balancing and subsumption. A structural comparison". *In: Ratio Iuris*, n. 16, 2003, pp.433-449.

_____. **Theorie Der Grundrechte**. Baden-Baden, 1985;

_____. **Theorie Der Juristischen Argumentation**, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978;

ALONSO, Juan Pablo. **Interpretación de las Normas y Derecho Penal**. Buenos Aires, Del Puerto, 2010;

ALMEIDA, Guilherme Assis de; CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. **Ética e Direito: uma perspectiva integrada**. São Paulo: Atlas, 2004;

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da Codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997;

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1999;

ARNAUD, André-Jean. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999;

ASSIS, Jesus de Paula. "Khun e as ciências sociais" *In: Estudos Avançados*. vol.7 no.19 São Paulo Sept./Dec. 1993. pp.133-164;

ATIENZA, Manuel. [1991] **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy. 2003;

_____; RUIZ MANERO, Juan. "Dejemos atrás el positivismo jurídico". *In: Isonomía*: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. núm. 27. Octubre. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2007. pp. 7-28; também publicado em: ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan **Para una Teoria Postpositivista del Derecho**. Lima: Palestra, 2009;

_____. RUIZ MANERO, Juan. **Las Piezas del Derecho**: Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996;

_____; RUIZ MANERO, Juan **Para una Teoria Postpositivista del Derecho**. Lima: Palestra, 2009;

AUSTIN, John. [1832]. **The Province of Jurisprudence Determined**. Londres: Library of Ideas, 1954;

BANKOWSKI, Zenon; DEL MAR, Maksymulian. **Law as Institutional Normative Order**. Farnham: Ashgate, 2006;

BARBERIS, Mauro. **Stato Costituzionale**: Sul nuovo costituzionalismo. Modena: Mucchi Editore, 2012. Epub edition;

_____. **Giuristi e Filosofi**. Una storia della filosofia del diritto. Bologna: Il Mulino, 2011;

_____. "Knowledge, evaluation and interpretation in an evolutionary theory of law. *In*: **Analisi e Diritto**. 2010, pp. 257-270

BARBERIS, Mauro. "Neoconstitucionalismo". *In*: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. nº.7 - Jan/Jun. Vol.1. 2006, pp.18-30;

_____. **Breve Storia Della Filosofia del Diritto**. Bologna, Il Mulino, 2004;

_____. "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral". *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 259-278;

_____. **Filosofia del Diritto**. Un'introduzione teórica. Torino, Giappichelli. 2003;

_____. **Filosofia del Diritto**. Un'introduzione storica. Bologna, Il Mulino. 2000;

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005;

BARRETO, Vicente de Paula (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006;

BARROSO, Luís Roberto. [2004] **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2012;

_____. "Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In*: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & Ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 275-290;

_____. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009;

_____. **El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho**. Universidad Nacional Autónoma de México, 2008;

_____. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013;

_____. (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

_____. [2001] “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional**: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp.1-48.

_____. [1990] **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. [2003] “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional**: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp.327-378;

_____. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Abr/Jun. 2005. pp. 1-42;

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996;

BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. “El contenido mínimo del positivismo jurídico”. In: ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio (Comp.). **Horizontes de la Filosofía Del Derecho**.

Homenaje a Luis García San Miguel Alcalá de Henares. Alcalá: Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2002. pp. 33-54. Disponível em: <http://migre.me/w4vBz> Acesso em: 12.02.2017;

BELING, Ernst. "Vom Positivismus zum Naturrecht uns zurück". In: STOLL, Heinrich (ed.). **Festgabe für Philip Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schidt**. Tübingen: Mohr, 1931. pp.1-18;

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; GONZÁLES GARCÍA, Julio V. **Sentencias Básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos**. 2º ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006;

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Maria Emantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006;

BETTI, Emilio. [1955] **Teoria Generale dell'Interpretazione**. Vols. I e II. Milano: Giuffré, 1990;

_____. [1949] **Interpretazione Della Legge e Degli Atti Giuridici**. 2ª ed. ed. rev. e ampl. Milano: A. Giuffre, 1971;

BIX, Brian. **Teoría del Derecho: ambición y limites**. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2006;

BLÁZQUEZ RUIZ, Francisco Javier. **Nazismo, Derecho, Estado**. Madrid, Dickson, 2014;

BOBBIO, Norberto. [1977] **Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do Direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007;

_____. [1961] **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995;

_____. [1961]. **Il Positivismo Giuridico: lezioni di filosofia del diritto**. Torino: Giappichelli, 1979;

BOLZANI, Cesar. **Coerência, Fontes e Incorporação: Investigações obre a relação entre direito e moral**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 2016;

BONNECASE, Julien. [1924]. **La Escuela de La Exegesis en Derecho Civil**. México D.F.: Cajica, 1944;

_____. **La Pensée Juridique Française: de 1804 à L'Heure Presente, Les Variations et Les Traits Essentiels**. 2 vols. Bordéus, Delmas, 1933;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004;

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993;

_____. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1980;

BOOLE, George. [1849] **An Investigation of the Laws of Thought**: on which are founded the mathematical theories of logic and probabilities. New York: Dover, 1958;

BRUGI, Biagio. **Introduzione Enciclopedica alle Scienze Giuridiche e Sociali nel Sistema della Giurisprudenza**. 4ª ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1907;

BULYGIN, Eugenio. "Alexy Between Positivism and Non-positivism". *In*: BAYÓN, Juan Carlos *et. alii*. **Neutrality and Theory of Law**. Dordrech: Springer, 2013.pp. 49-59;

_____. **El Positismo Jurídico**. México.D.F: Fontamara, 2006;

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; GOMES, Nestor Castilho. "A teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen: uma crítica a partir da obra de Friedrich Müller" *In*: **Revista Seqüência**, no 57, dez. 2008. pp. 95-114;

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

CAMPBELL, Tom. [1999] **Legal Positivism**. New York: Routledge, 2016;

_____. **Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy**. London: UCL press, 2004;

_____. **The Legal Theory of Ethical Positivism**. Dartmouth: Aldershot, 1996;

CAPPELLINI, Paolo. **Sistema Jurídico e Codificação**. Curitiba: Juruá, 2007;

CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Ed.). **El Canon Neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010;

_____. (Ed.). **El Principio de la Ponderación y la Interpretación Constitucional**. Quito: V&M Gráficas, 2008;

_____. (Ed.). **Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007;

_____. (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003;

CELLA, José Renato Gaziero; RODRIGUES, Renê Chiquetti. "Neoconstitucionalismo ou Paleoconstitucionalismo? Apontamentos acerca da compreensão do fenômeno jurídico contemporâneo". *In: Revista do Direito Público*. Londrina, v.9, n.2, p.93-114, mai./ago. 2014;

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antonio. **Teoria Geral do Direito Moderno**. Por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

CHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. "Proportionality and The Culture of Justification". *In: The American Journal of Comparative Law*. Vol.59, No.2, spring, 2011. pp. 463-490;

CHIASSONI, Pierluigi. "Dejemos atrás el antipositivismo". *In: AGUILÓ REGLA, Josep; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Ed.). Sobre el Razonamiento Judicial*. Una discusión con Manuel Atienza. Lima: Palestra, 2017. pp.103-126;

_____. **El Discreto Placer del Positivism Jurídico**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016;

_____. **Positivismo Giuridico**: una investigazione analitica. Modena: Mucchi, 2013;

_____. **L'Indirizzo Analitico Nella Filosofia del Diritto**. Vol.1. Da Bentham a Kelsen. Torino: Giappichelli. 2009;

_____. (ed.). **The Legal Ought**. Torino: Giappichelli, 2001;

CLEVER, Wilhelm. "Zur Nachkriegskritik des Rechtspositivismus". In: **Deutsche Rechts-Zeitschrift**, Vol. 4, No. 15/16, 1949. pp.348,349;

COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (eds.), **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford, Oxford University Press, 2005;

_____. **The Practice of Principle**: in defence of a pragmatist approach to legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2003;

_____. (ed). **Hart's Postscript**: essays on the postscript to the Concept of Law. New York: Oxford University Press, 2001;

_____. "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis". In: **Legal Theory**, n.4, 1998. pp. 381-425; publicado também em: **Hart's Postscript**: essays on the postscript to the Concept of Law. New York: Oxford University Press, 2001, pp. 99-147;

_____.; LEITER, Brian. [1993] "Determinacy, Objectivity and Authority". In: MARMOR, Andrei.(ed.). **Law and Interpretation**. Essays in Legal Philosophy. Oxford: Clarendon, 1995.

COMANDUCCI, Paolo. "Constitucionalização e Neoconstitucionalismo" In: COMANDUCCI, Paolo; AHUMADA, M^a Angeles; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Positivismo Jurídico y Neoconstitucionalismo**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2009. 85-121;

_____. "Formas de (neo)constitucionalismo: un analisis metateorico". In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. pp.75-98;

_____.; AHUMADA, M^a Angeles; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Positivismo Jurídico y Neoconstitucionalismo**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2009. 85-121

COMTE, Auguste [1829-1842] **Cours de Philosophie Positive**. 5. ed. 6 vols. Paris: Schleicher, 1907-1908;

COPI, Irving. **Introdução à Lógica**. Trad. Álvaro Cabral. 2^aed. São Paulo: Mestre Jou, 1978;

CORREAS, Carlos I. Massini. "20th-Century Natural Law Theory in Brazil". *In*: PATTARO, Enrico (Ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Tome 2. Netherlands: Springer, 2016. pp. 167-169;

COSTA, Pietro. "Democracia Política e Estado Constitucional". *In*: COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. pp.241-274;

_____. **Soberania, Representação, Democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. pp.241-274;

_____. "O Estado de Direito: uma introdução histórica". *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (Org.). **O Estado de Direito**. História, teoria, crítica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 95-200;

_____.; ZOLO, Danilo. (Org.). **O Estado de Direito**. História, teoria, crítica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006;

_____. **Civitas**. Storia della Cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento. Baris: Laterza, 1999;

_____. **Iurisdictio**. Semantica del Potere Politico Medievale (1100-1433), Milano, Giuffrè, 1969;

COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição & Ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do Positivismo Jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2013;

_____. **O Discurso Científico na Modernidade**: o conceito de paradigma é aplicável ao direito? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;

CRUZ, Luis. **La Constitución Como Orden de Valores**: un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Granada: Comares, 2005;

CUBEDDU, Raimondo. "Dai diritti naturali al diritti umani". *In*: SCIACCA, Fabrizio. (a cura di). **La Libertà in Occidente**. Soveria Mannelli (cz): Rubbettino, 2011. pp. 9-39;

CULLETON, Alfredo. **Ockham e a Lei Natural**. Florianópolis: UFSC, 2011;
D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e Continentais**: guia à filosofias dos últimos trinta anos. Trad. Brenno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003;

D'ALMEIDA, Luís Duarte. **Allowing for Exceptions**: a theory of defences and defeasibility in Law. Oxford: Oxford University Press, 2015;

DA COSTA, Newton C.A.; SERBENA, Cesar A.; VALLE, Maurício. D. T. "A lógica hodierna e a ciência do direito". *In*: CARVALHO, Paulo de Barros; BRITTO, Lucas Galvão de. (Org.). **Lógica e Direito**. 1ed.São Paulo: Noeses, 2016, v. , p. 187-247;

_____. **Sistemas Formais Inconsistentes**. Curitiba, Editora da UFPR, 1993;

_____. "A importância Filosófica da Lógica Paraconsistente". Trad. Décio Krause. *In*: **Boletim da Sociedade Paranaense de Matemática**, 1990. Publicado originalmente em **Journal of Non Classical Logic**, v. 1, n. 1, p. 1-19, 1982;

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.;

DARWALL, Stephen; GIBBARD, Allan; RAILTON, Peter. **Metaética**: algumas tendências. Organização de Darlei Dall'Agnol; trad. Janine Sattler. Florianópolis: Editora UFSC, 2013;

DEENER, David. "Judicial review in modern constitutional systems". *In*: **The American Political Science Review**. Volume 46, Issue 4. December, 1952. pp. 1079-1099.

DICKSON, Julie. **Evaluation and Legal Theory**. Oxford: Hart, 2001;

DIMOULIS, Dimitri. "A introdução do controle de constitucionalidade difuso na Grécia". *In: Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 1, 2003, p. 213-223;

_____. "Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico". *In: SARMENTO, Daniel. (Org.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 213-226;

_____; DUARTE, Écio Oto. (Coord). **Teoria do Direito Neoconstitucional** - Superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008;

_____. **Positivismo Jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006;

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. "Pós-positivismo". *In: BARRETO, Vicente de Paula (Org). Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. pp. 650-653;

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Entre Constitucionalismo Cosmopolita e Pluriversalismo Internacional**: Neoconstitucionalismo e Ordem Mundial. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014;

_____. **O Neoconstitucionalismo como Antipositivismo Jurídico**: Uma teoria do direito e do Estado em face do cosmopolitismo jurídico..Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da UNIFOR. 2013;

_____. **Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito**: aproximação à metodologia discursiva do direito. São Paulo: Landy, 2003;

_____. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 3ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2012;

DUTRA, Jeferson Luiz. Verbete "Jurisprudência dos Valores" *In: BARRETO, Vicente de Paula (Org). Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. pp.490-492;

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006;

_____. [1985] **A Matter of Principle**. Oxford: Oxford University Press, 2001;

_____. **Law's Empire**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1984

_____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977

_____. "The Model of Rules". *In: University of Chicago Law Review* (Vol.35): Iss.1, Article 3. 1967. pp.14-46;

ENDICOTT, Timothy. "Herbert Hart and the Semantic Sting" *In: Legal Theory*. n.4, 1998. p. 283-300;

ESSER, Josef. [1956] **Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961

ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El Debate Sobre el Positivismo Jurídico incluyente**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006;

FACHIN, Zulmar, A.; RODRIGUES, Renê. C. "O Conceito de Pós-Positivismo em Friedrich Müller: algumas reflexões". *In: FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. (Org.). Temas de Direito Constitucional Contemporâneo*. Birigui: Boreal, 2015, v. 1, p. 1-21;

FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro (Eds.). **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**. 3 Vols. México.D.F: UNAM, 2015;

FASSÒ, Guido. **Storia della Filosofia del Diritto**. vol. 3. Ottocento e Novecento. Roma: Laterza, 2001;

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004;

FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni Battista. (eds.). **El Realismo Jurídico Genovés**. Madrid: Marcial Pons, 2011;

FERRAJOLI. **Tra Democrazia e Diritti**. Il garantismo come teoria e come politica. Roma, Bari: Laterza, 2014.

_____. **Principia iuris**. Teoría del Derecho y la Democracia. Vol.1. Teoría del Derecho. Trad. Perfecto andrés Ibáñez *et ali*. Madrid: Trotta, 2013;

_____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam.(ORG.). **Garantismo Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo**: Um Debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

_____. [2010] “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N.34, 2011. pp. 15-53;

_____. [2011] “Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista”. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz, TRINDADE, André Karam. **Garantismo, Hermenêutica e Neoconstitucionalismo**. Porto Alegre: Livrara do Advogado, 2012. pp. 13-56;

FERRARI, Giuseppe Franco. **Le Libertà**. Profili comparatistici. Torino: Giappichelli, 2011;

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1986;

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a Fundamentação do Direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015;

FINNIS, John. [1980] **Natural Law and Natural Rights**. 2ed. New York: Oxford University Press, 2011;

FIORAVANTI, Maurizio. [2009] **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Trotta, 2014;

_____. [1999] **Costituición**: de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2011;

FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Nova História Brasileira do Direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012;

_____. “O positivismo, ‘historiografia positivista’ e história do direito”. *In: Argumenta (FUNDINOPI)*, v. 10, 2009. p. 143-166;

FONTOURA, João Fábio Silva da. **Positivismo Jurídico e Pós-positivismo à luz da Metodologia Estruturante**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2009;

FULLER, Lon. [1964] **The Morality of Law**. 2ª New Haven/London: Yale University Press, 1969;

_____. “Positivism and fidelity to law – a reply to professor Hart”. *In: Harvard Law Review*, , Vol. 71, No. 4 Feb., 1958, pp.630-672;

FREGE, Gottlob. **Lógica e Filosofia da Linguagem**. 2ª ed. Trad. Paulo Alcoforado. São Paulo: Edusp, 2009;

FRIEDRICH, Carl Joachim. **Der Verfassungsstaat der Neuzeit**. Berlin: Springer, 1953;

GARDNER, John. “Legal Positivism: 5 ½ Myths”. *In: The American Journal of Jurisprudence*. n. 46. 2001. pp. 1915-2000.

GARCIA, Gustavo Vieira Vilar. **Norma, Ação e Proposição: a lógica deôntica entre o dever-ser e o dever-fazer**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 2016;

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Iusmoralismo(s): Dworkin, Alexy, Nino**. Arequipa: Legisprudence, 2014;

_____. “Defesa de Kelsen diante dos ignorantes e cretinos” *In: MATOS, Andyttias Soares de Moura; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. (Org). Contra o Absoluto*. Perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelsiana. Curitiba: Juruá, 2012;

_____. “Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?” *In: GARCIA AMADO, Juan Antonio. El Derecho y sus Circunstancias: nuevos ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2010. A tradução

para o português se encontra em: MATOS, Andytias Soares de Moura; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. (Org). **Contra o Absoluto**. Perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelsiana. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **El Derecho y sus Circunstancias**: nuevos ensayos de filosofía jurídica. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2010;

_____. “Nazismo, derecho y filosofía del derecho”. *In: Anuário de Filosofia del Derecho*, Valência: Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, n. 8, 1991. pp. 341-364;

GARCIA FIGUEROA, Alfonso. **Criaturas de la Moralidad**. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos. Madrid, Trotta, Madrid, 2009;

GÉNY, François. [1919] **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo**. 2ª ed. Madrid: Reus, 1925;

GEORGE, Robert. **Natural Law Theory**. New York: Oxford University Press, 1994;

GIACOMOLLI, Nereu. “O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos” *In: Revista da AJURIS*. Porto Alegre, n. 102, a. XXXIII, jul. 2006;

GIERKE, Otto von. **Naturrecht und Deutsches Recht**. Frankfurt am Main: Rütten & Loening, 1883;

GLOCK, Hans-johann. [2008] **O que é a Filosofia Analítica**. trad. Roberto Hofmeister. Porto Alegre: Penso, 2011;

GOMES, Nestor Castilho. **A Teoria da Norma de Friedrich Müller**: reflexos na metódica jurídica. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2009;

GROSSI, Paolo. [1995] **A Ordem Jurídica Medieval**. Trad. de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014;

_____. “Epicedio per l’assolutismo giuridico”. In: **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**. N. 17, Milano: Giuffrè, 1988. pp. 517-532; tradução para o português em: GROSSI, Paolo. **História da Propriedade e Outros Ensaio**s. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 123-137.

_____. **História da Propriedade e Outros Ensaio**s. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

_____. “Absolutismo Jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito)” In: **Revista Direito GV** vol 1. n. 2. jun-dez. 2005.pp. 191-200.

_____. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Trad. de Arno Dal Ri júnior. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004;

_____. **Assolutismo Giuridico e Diritto Privato**. Milano: Giuffrè, 1998;

_____. “The Concept of Law Revisited” In: **Michigan Law Review**. N. 94, 1996. pp. 1705-1709;

_____. “Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX” In: *Rivista di Storia del Diritto Italiano*. N.64, Roma, 1991. pp. 5-17;

GREEN, Leslie. verbete “Legal Positivism” In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. January 3, 2003. p.1.Disponível em: <http://migre.me/w5aVl>. Acesso em 15.02.2017;

GUASTINI, Riccardo. [2014] **La Sintaxis del Derecho**. Trad. Álvaro Nuñez Vaquero. Madrid: Marcial Pons, 2016;

_____. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. In: CARBONELL, Miguel. (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. pp. 49-7;

HAACK, Susan. [1978] **Filosofia das Lógicas**. São Paulo: Editora Unesp, 2002;

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico**: estudos filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1990;

HACKER, Peter. M. S. "Hart's Philosophy of Law". *In: HACKER, Peter. M. S.; Raz, Joseph. (ed.). **Law, Morality, and Society**: Essays in Honour of H. L. A. HART.* Oxford: Clarendon Press, 1988. pp.1-25;

_____. M. S.; Raz, Joseph. (ed.). **Law, Morality, and Society**: Essays in Honour of H. L. A. HART. Oxford: Clarendon Press, 1988;

HART, H.L.A. [1979] "The New Challenge to Legal Positivism". Trad. Andrzej Grabowski. *In: **Oxford J Legal Studies***. 36 (3), 2016. pp. 459-475;

HART. H.L.A. [1961] **O Conceito de Direito**. 2ª ed. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012;

_____. [1983] **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Trad. José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010;

_____. [1958]. "O positivismo e a separação entre o Direito e a moral". *In: HART, H.L.A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia***. Trad. José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. pp. 53- 96;

_____. **The Concept of Law**. 2ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

_____. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1983;

_____. [179] El Nuevo Desafio del Positivismo Jurídico. *In: **Sistema***, nº 36. Madrí: Original inédito, 1980. p.3-18.;

_____. "Positivism and the separation of law and morals". *In: **Harvard Law Review***, Vol. 71, No. 4 Feb., 1958. pp. 593-629;

_____. "Problems of the Philosophy of Law" [1967] *In: HART, H.L.A. **Essays in Jurisprudence and Philosophy***. Oxford: Clarendon Press, 1983;

_____. "The Ascription of Responsibility and Rights". *In: **Proceedings of the Aristotelian Society***. v. XLIX. Londres: Harrison & Sons, 1948. p. 171-194;

HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013;

_____. **Cultura Jurídica Europeia**. Síntese de um Milênio. Coimbra: Almedina, 2012;

HIMMA, Kenneth E. **Derecho y Moral**: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011;

_____. "Inclusive Legal Positivism", *In*: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (eds.), **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford, Oxford University Press, 2005. pp. 125-165;

HIRSCHL, Ran. [2006] "O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo". *In*: **Revista de Direito Administrativo**, n. 251, maio/ago, 2009, p.139-175

_____. **Towards Juristocracy**. The Origins and Consequences of New Constitutionalism. Cambridge (Mass.), Harvard U.P., 2003;

_____. [1651] **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva, Martins Fontes: São Paulo, 2003. Conferir

_____. [c.1666] **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. Trad. de Maria C. Guimarães Cupertino, SP: Landy, 2001;

_____. [1660] **Os Elementos da Lei Natural e Política**. Trad. Bruno Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010;

HOERSTER, Norbert. [1989] "El deber moral de obediencia al derecho" *In*: HOERSTER, Norbert. **En Defensa del Positivismo Jurídico**. Barcelona: Gedisa, 1992. pp. 147-158;

_____. **En Defensa del Positivismo Jurídico**. Barcelona: Gedisa, 1992;

HUGO DE SÃO VÍTOR. [c.1137] **Didascálicon**: da arte de ler. Trad. Antonio Marchionni. Petrópolis: Vozes, 2001;

JIMÉNEZ CANO, Roberto M. "Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)". *In: ISONOMÍA* No. 39, octubre, 2013. pp. 83-126;

_____. **Una Metateoría del Positivismo Jurídico**. Madrid, Marcial Pons, 2008;

JOERGES, Christian; GHALEIGH, Navraj Singh. **Darker Legacies of Law in Europe**. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions. Oxford: Hart Publishing, 2003;

JOUANJAN, Olivier. **Justifier L'Injustifiable**. L'Ordre du discours juridique nazi. Paris: Presses Universitaires de France - P.U.F., 2017;

JORI, Mario. "Il giuspositivismo analitico italiano primo e dopo la crisi" *In: Quaderni di Filosofia Analitica*. n. 7. Milano: Giuffrè, 1987;

KELSEN, Hans. [1934] **Teoría Pura del Derecho**. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica. Primera edición de 1934. Madrid: Trotta, 2011

_____. [1960]. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003;

_____. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. México D.f.: Fontamara, 1991;

_____. "La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico". *In: KELSEN, Hans. Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. México D.f.: Fontamara, 1991. pp. 119-137;

KNEALE, William; KNEALE, Martha. **O Desenvolvimento da Lógica**. Trad. M.S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991;

KRAMER, Matthew H. **In Defense of Legal Positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1999;

_____. "Scrupulousness without Scruples: a critique of Lon Fuller and his defenders". *In: KRAMER, Matthew H. In Defense of Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1999. pp.37-77;

KUHN, Thomas [1961] **A Função do Dogma Na Investigação Científica**. Trad. Jorge Dias de Deus. Curitiba: UFPR-SCHLA, 2012;

_____. [1962] **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5ª ed. São Paulo Perspectiva, 1998;

_____. "The paradigm concept". In: **Science**. n. 172, 1971. p. 706-709;;

_____. **The Structure of Scientific Revolutions**. Chicago: University of Chicago Press, 1962;

KUTTNER, Stephan. "Sur les origins du terme *droit positif*". In: KUTTNER, Stephan. **The History of Ideas and Doctrines of Canon Law**. Vol. II. London, 1980 [Originalmente publicado em: **Revue Historique de Droit Français et Étranger**. n. 15, 1936, pp. 728-740];

LACEY, Nicola. **A Life of H.L.A. Hart**: the nightmare and the noble dream. Oxford : Oxford University Press, 2012;

LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**. Análise de uma "Recepção". Lisboa: Fragmentos, 1990;

LOSANO, Mario. **Sistema e Estrutura no Direito**. Vol.2. O Século XX. Trad. Luca Lamberti. WMFMartins Fontes: São Paulo, 2010;

LOEWENSTEIN, Karl. **Political Power and the Governmental Process**. Chicago: University of Chicago Press, 1957;

LOPES, Luís Fernando Pereira. "A circularidade da cultura jurídica: notas sobre o conceito e sobre método" In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Nova História Brasileira do Direito**: ferramentas e artesanias. Curitiba: Juruá, 2012. pp. 31-53;

LÖWY, Michael. [1985]. **As Aventuras de Karl Marx Contra o Barão de Münchhausen**: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. Trad. Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 10ed. São Paulo: Cortez, 2013;

_____. **Ideologia e Ciência Social**: elementos para uma análise marxista. São Paulo: Cortez, 1989;

LUBAN, David. **Torture, Power and Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014;

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006;

_____. **A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação**: uma leitura a partir da filosofia de Henrique Dussel. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, 1993;

LUHAMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983;

LYNETT, Eduardo Montealegre *et. alii.* (Comp.). **La Ponderación en el Derecho**. Evolución de una teorá, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014;

MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007;

_____. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978;

_____. **Retórica e Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008;

MACEDO JR, Ronaldo; PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. "Chapter 27 - Philosophy of Law in Brazil in the 20th Century" *In*: PATTARO, Enrico (Ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Tome 1. Netherlands: Springer, 2016. pp. 839-862;

_____. Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013;

_____. **O Direito em Desacordo**: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico. Tese de Titularidade, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013;

MACHADO NETO, Antonio Luiz. “A filosofia do Direito no Brasil”. *In*: CRIPPA, Adolpho (coord.). **As ideias filosóficas no Brasil: século XX, parte II**. São Paulo: Convívio, 1978, p. 11-37;

_____. **Historia das Ideias Jurídicas no Brasil**. São Paulo: Grijalbo, 1969;

MARANHÃO, Juliano S.A. **Estudos sobre Lógica e Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013;

_____. “O Discurso da Dogmática Jurídica” *In*: MARANHÃO, Juliano S.A. **Estudos sobre Lógica e Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. pp.103-192

_____. **Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012;

_____.; RODRIGUES, Renê C. “Recurso a princípios morais necessariamente implica valoração moral na identificação do direito?”. No prelo;

MARMOR, Andrei. “Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral”. *In*: **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 26, n.4, Winter, 2006. pp. 683–704;

_____. [1990] **Interpretation and Legal Theory**. Oregon: Hart Publishing, rev. 2ª ed., 2005;

_____. “Exclusive Legal Positivism”. COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (eds.), **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford, Oxford University Press, 2005;

_____.(ed.). **Law and Interpretation**. Essays in Legal Philosophy. Oxford: Clarendon, 1995.;

MARRUS, Michael. **The Nuremberg War Crimes Trial 1945-46: A Documentary History**. Boston: Bedford Books, 1997;

MATTEUCCI, Nicola. “Positivismo giuridico e costituzionalismo” *In*: Rivista Triestrale di Diritto e Procedura Civile, 1963, p. 985-1100. Republicado como: *in*: MATTEUCCI, Nicola. Positivismo Giuridico e Costituzionalismo. Bologna, Il Mulino, 1995;

MATOS, Andyttias Soares de Moura. **Contra Natvram**. Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico. Curitiba Juruá, 2013;

_____. “Positivismo Jurídico e Autoritarismo Político: a Falácia da *Reductio ad Hitlerum*”. In: MATOS, Andyttias Soares de Moura. **Contra Natvram**. Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico. Curitiba Juruá, 2013;

MAZZARESE, Tecla. “Towards a Positivist Reading of Neo-Constitutionalism”. In: **Jura Gentium**. Vol.4. Nº1. pp.1-11;

MENDES, Antônio Celso. **Filosofia Jurídica no Brasil**. São Paulo: Ibrasa, 1992;

MERTENS, Thomas. “Nazism, legal positivism and Radbruch’s thesis on statutory injustice”. In: **Law and Critique**, n. 14, 2003. pp. 277–295;

MERKEL, Adolf. Jhering. **Tres Vidas Ilustres**: Hugo, Savigny e Jhering. Traducción de Norberto Gorostiaga. Buenos Aires: Depalma, 1945;

MÉTALL, Rudolf Aladar. **Hans Kelsen**: vida y obra. México, D.F.: UNAM, 1976;

MONTESQUIEU. Charles de Secondat. Barão de. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Muraschco. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000;

MOORE, Michel S. **Educating Oneself in Public**. Critical Essays in Jurisprudence. Oxford: Oxford University Press, 2000;

_____. [1987]. “Metaphysics, epistemology and legal theory”. In: MOORE, Michel S. **Educating Oneself in Public**. Critical Essays in Jurisprudence. Oxford: Oxford University Press, 2000;

MOREIRA, Eduardo. **Neoconstitucionalismo**. A Invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008;

MORESO, Josep Juan. “In defense of inclusive legal positivism” In: CHIASSONI, Pierluigi (ed.). **The Legal Ought**. Torino: Giappichelli, 2001. pp. 37-63;

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante Do Direito**. trad. Peter Nauman. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

_____. **O Novo Paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. trad. Peter Nauman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

_____. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 3ª ed. rev. ampl. trad. Peter Nauman. Rio de Janeiro: Renovar, 2005;

_____. **Discours de la Méthode Juridique**. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996;

_____. **Juristische Methodik**. Berlin: Duncker und Humblot, 1971.

MULLER Ingo. [1987] **Los Juristas del Horror**. La “justicia” de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás. Trad. Carlos Armando Figueredo. Bogotá: Editorial Alvaro-Nora, 2009

NADER, Paulo. “A filosofia do direito no Brasil” *In*: NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 309-354;

NARVÁEZ MORA, Maribel. **Wittgenstein y la Teoría del Derecho**. Una senda para el convencionalismo jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2004;

NAVARRO, Pablo; RODRÍGUEZ, Jorge. **Deontic Logic and Legal Systems**. New York: Cambridge University Press, 2014;

NEUMANN, Ulfrid. “Positivismo jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre 'delincuencia estatal' en la anterior RDA”. Trad. Francesca Puigpelat Martí. *In*: **DOXA**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 17-18, 1995. pp.435-444;

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal no sistema jurídico. São Paulo: WMMF São Paulo, 2013;;

NINO, Carlos Santiago. [1979] **Algunos Modelos Metodologicos de “Ciencia” Jurídica**: Fontamara: México,D.F.,1999;

_____. [1973] **Introdução à Análise do Direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010;

NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus Democracia**: um olhar positivista. Curitiba: Juruá, 2012;

NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (Coord.). **Modelando la Ciencia Jurídica**. Lima: Palestra, 2014;

_____. "Five models of legal cience". In: **Revus**, n. 19, 2013. pp. 2-23;

_____. Verbete "Ciencia Jurídica" In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro (Eds.). **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**. Vol.1. México.D.F: UNAM, 2015. p.601-631;

ODAHARA, Bruno Periolo. **Das Normas aos Sistemas Normativos em Eugenio Bulygin**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 2011;

_____. **Hans Kelsen e o Círculo De Viena**: interfaces entre o positivismo lógico e a teoria pura do direito. Monografia de especialização apresentada ao programa de pós-graduação em Teoria Geral do Direito da ABDConst. 2008;

OLIVECRONA, Karl. **Law as Fact**. 2 ed. London: Stevens & Sons, 1971;

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006;

ORUNESU, Claudina. **Positivismo Jurídico y Sistemas Constitucionales**. Editorial Marcial Pons, 2012;

PATTARO, Enrico (Ed.). **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence**. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. 2 Tomes. Netherlands: Springer, 2016;

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema Jurídico**. Uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999;

PAUER-STUDER, Herlinde. "Kelsen's Legal Positivism and the Challenge of Nazi Law". *In: Yearbook Vienna Circle Institute*, n. 17, 2014, pp. 223-240;

PFISTER, Christian; DUQUESNE, Joseph; et al. **Mélanges Carré de Malberg**. París: Sirey, 1933. pp. 517-534;

PINO, Giorgio. "The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States". *In: Law and Philosophy*. September, Volume 18, Issue 5, 1999. pp.513-536;

PORTANOVA, Rui. [1992] **Motivações Ideológicas da Sentença**. 5ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003;

POUND, Roscoe. "Mechanical Jurisprudence" *In: Columbia Law Review*, Volume 8. 1908. pp. 605-623;

POZZOLO, Susanna. "Apuntes sobre 'Neoconstitucionalismo'". *In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro (Eds.). Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Vol.1. México.D.F: UNAM, 2015. p. 362;

_____. [2001] **Neoconstitucionalismo y Positivism Jurídico**. Lima: Palestra Editores, 2011;

_____. "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional". *In: DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Espanha: Alicante. n.º 21 – II, 1998, p. 339-353;

PRIETO SANCHÍS, Luís. [1997]. **Constitucionalismo y Positivismo**. 2ª ed. México: Fontamara, 1999;

PULIDO, Carlos Bernal (ed.). **La Doble Dimensión del Derecho**: autoridad y razón en la obra de Robert Alexy. Lima: Palestra, 2011;

QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Orgs.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009

QUEIROZ, Paulo. "A hermenêutica como hoje a entendo". *In: Boletim IBCCrim*, n. 145, p. 3, dez. 2004;

RADBRUCH, Gustav. “Cinco minutos de filosofia do direito”. In: RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1997. pp.415-418;

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010;

RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. Essays on Law and Morality. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 2009;

_____. [1994] **Ethics in the Public Domain**: essays in the Morality of Law and Politics. Oxford: Oxford University Press, 2001;

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**. Vol 5. Do Romantismo ao Empirocriticismo.

REICHENBACH, Hans. [1951] **The Rise of Scientific Philosophy**. Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1968;

ROBLES, Gregorio. **Hans Kelsen**. Vida y obra. Cizur Menor, Civitas, 2014;

_____. **Teoría del Derecho**. Fundamentos de teoria comunicacional del derecho. Vol. I. 3ª ed. Cizur Menor: Civitas, 2010;

RODRIGUES, Renê C. “O Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo: uma nova proposta teórica da compreensão da racionalidade do direito”. Texto apresentado no *I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino* (ILATINA), em Alicante, 2016. Disponível em: <http://migre.me/wku1z>.

_____. “O Quarto Kelsen – a propósito do imaginário jurídico ainda presente”. In: **Caderno de Resumos**: IX Encontro Científico Brasileiro de Direito Constitucional e Cidadania. Londrina: IDCC, 2012. v. 4. p. 331-336.;

RORTY, Richard. **The Linguistic Turn**: essays in philosophical method. Chicago: University of Chicago Press, 1992;

ROSS, Alf. **Teoría de las Fuentes del Derecho**. (Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas). Tra. José L.M. Baena Simón et ali. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007;

_____. [1961] “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”. *In*: ROSS, Alf. **El Concepto de Validez y Otros Ensayos**. México: Fontamara, 1991. pp.7-30.

_____. **El Concepto de Validez y Otros Ensayos**. México: Fontamara, 1991;

_____. [1953] **On Law and Justice**. London: Stevens and Sons, 1958;

ROESLER, Shannon. “Permutations of Judicial Power: the New Constitutionalism and the Expansion of Judicial Authority”. *In*: **Law and Social Inquiry**, n.32, 2007, pp. 545-575;

ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo**: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico? Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **Neoconstitucionalismo e a Superação e Superação da Perspectiva Positivista do Direito**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, 2011.

RÜTHERS, Bernd. **Derecho Degenerado**. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich. Trad. Juan Antonio García Amado. Madrid: Marcial Pons, 2016;

SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;

SÁ, Alexandre Franco de. **Poder, Direito e Ordem**: ensaios sobre Carl Schmitt. 1. ed. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012;

_____. **O Poder pelo Poder**: ficção e ordem no combate de Carl Schmitt em torno do poder. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2009;

SARMENTO, Daniel. (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;

SARTOR, Giovanni. “Defeasability in Legal Reasoning”. *In*: **Rechtstheorie**. Zeitschrift für Logik und Juristische Methodenlehre, Allgemeine Rechts- und Staatslehre,

Kommunikations-, Normen- und Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts 24. Band, Heft 3, Berlin: Duncker & Humblot, 1993. pp.281-316;

_____. "Constitutionalism: a preliminary discussion". *In: American Political Science Review*. Dezembro, 1962. pp. 853-864. Republicado em italiano em: SARTORI, Giovanni. "Costituzione". *In: Elementi di Teoria Política*. Bologna: Il Mulino, 1987. pp. 11-24;

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Textos Clásicos**. Estudio preliminar de Agustín Squella. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981;

_____. [1840–1849] **Sistema del Derecho Romano Actual**. Tomo I. Madrid: Gongora y Compañía Eds, 1878;

_____. **De la Vocación de Nuestro Siglo Para la Legislación y la Ciencia Del Derecho**. Trad. por Adolfo G. Posada. Buenos Aires: *Atalaya*, 1946;

SAVIGNY; EICHORN; GIERKE; STAMMLER. **La Escuela Histórica del Derecho**: documentos para su estudio. trad. Rafael Atard. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1908;

SAVIGNY; KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ. **La Ciencia del Derecho**. Buenos Aires: Losada, 1949;

SCARPELLI, Uberto. **Cos'è il Positivismo Giuridico**. Milano: Comunità, 1965;

SCHIAVELLO, Aldo; VELLUZZI, Vito. **Il Positivismo Giuridico Contemporaneo**: una antologia. Torino: Giappichelli, 2005;

SCHIAVELLO, Aldo. **Il Positivismo Giuridico Dopo Herbert L.A. Hart**. Un'introduzione critica. Torino: Giappichelli, 2004;

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Trad. Beatriz Hennig. et al. Montevideu: Konrad Adenauer; Stiftung, 2005;

SEBOK, Anthony. **Legal Positivism in American Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998;

SELEME, Hugo O. Verbete “La neutralidad del derecho” *In*: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro (Eds.). **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**. Vol.1. México.D.F: UNAM, 2015. pp. 1247-1274;

SELEME, Hugo O. **Neutralidad y Justicia**: en torno al liberalismo político de John Rawls. Madrid: Marcial Pons, 2004;

SERBENA, Cesar A. “Derrotabilidade: um modelo para pensar os princípios”. *In*: **Anuario Área Socio Jurídica - Facultad de Derecho – Udelar**. Tema: La investigación socio-jurídica en la Facultad de Derecho: desafíos de investigación. v. 9, 2016. p. 180-188;

_____. **Direito, Lógica e Paraconsistência**: conflitos entre normas, contradições e paradoxos nos Sistemas Jurídicos. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016;

_____. “Normas jurídicas, inferência e derrotabilidade”. SERBENA, Cesar A. (Org.). **Teoria da Derrotabilidade**: pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012. pp.13-41;

_____. **Teoria da Derrotabilidade**: pressupostos teóricos e aplicações. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012;

_____. A.; CELLA, José Renato.G. ; ROVER, Aires J. “Conexões entre moral e direito de um ponto de vista lógico”. *In*: **Revista Brasileira de Filosofia**, v. 232, 2009;

_____. **Lógica e Direito**: elementos para uma reconstrução formal do raciocínio jurídico. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, 2002;

SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009;

SHAPIRO, Scott J. “On Hart’s way out”. *In*: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart’s Postscript**: Essays on the Postscript to the Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2005. pp. 149-191;

SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.;

_____. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 115-143;

SMITH, Michael. **The Moral Problem**. Oxford: Blackwell Publishers, 2005;

SÓFOCLES. **Antígona**. Trad. Donaldo Schüller. Porto Alegre: L&PM, 2006

SOMEK, Alexander; FORGÓ, Nikolaus. **Nachpositivistisches Rechtsdenken**: Inhalt und Form des positiven Rechts. Wien: Springer, 1996;

SOSA WAGNER, Francisco. **Maestros Alemanes del Derecho Público**. T. 1, Madrid: Marcial Pons, 2002;

_____. **Maestros Alemanes del Derecho Público**. T. 2, Madrid: Marcial Pons, 2004;

SCARPELLI, Uberto. “Il positivismo giuridico rivisitato”. *In*: SCHIAVELLO, Aldo; VELLUZZI, Vito. **Il Positivismo Giuridico Contemporaneo**: una antologia. Torino: Giappichelli, 2005;

SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules**: a philosophical examination of rule-based decision making in law and in life: Oxford: Oxford University Press, 1991;

SCHIMITT, Carl. [1927] **La Tiranía de los Valores**. Buenos Aires: Hydra, 2009;

SIMON, Yves R. **The Tradition of Natural Law**: A Philosopher's Reflections. New York: Fordham University Press, 1992;

STEN GAGNÉR. **Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung**. Ak.avh. Uppsala 1960;

STOLL, Avrum. **La Filosofía Analítica del Siglo XX**. trad. J.F. Álvarez, E. de Bustos. Madrid: Ediciones Siglo XXI, 2002;

STOLLEIS, Michael. “Prologue: Reluctance to Glance in the Mirror. The Changing Face of German Jurisprudence after 1933 and post-1945”. *In*: JOERGES, Christian;

_____. [1994] **The Law under the Swastika**: studies on legal history in Nazy Germany. Trad. Thomas Dunlap. London: The University of Chicago Press, 1998;

GHALEIGH, Navraj Singh. **Darker Legacies of Law in Europe**. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions. Oxford: Hart Publishing, 2003. pp.1-18;

STRECK, Lenio L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011;

_____. “Ministro equivoca-se ao definir presunção de inocência” *In*: **Consultor Jurídico**. 17 de novembro de 2011. p.1. Link: <http://migre.me/wbkyf>. Acessado em: 01.03.2017;

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed.rev.mod.ampl.São Paulo: Saraiva, 2014;

_____. “A revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil: a Constituição como remédio contra maiorias”. *In*: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, 2005. pp. 301-345;

_____. “Ontem, os códigos; hoje, as constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo”. *In*: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. **Direito Constitucional Contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte : Del Rey, 2005, pp. 521-561.

STRUCHINER, Noel. Verbete “Formalismo jurídico”. *In*: BARRETO, Vicente de Paula (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. pp.363-366.;

_____. **Para Falar de Regras**. O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005;

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013;

THIBAUT, Anton Friedrich Justus & SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **La Codification**: una controversia programática basada en sus obras: sobre la necesidad de un derecho civil general para alemania y de la vocacion de nuestra epoca para la legislacion y la ciencia del derecho. Trad. José Diaz Garcia. Madrid: Aguilar, 1970;

TORRANO, Bruno. **Democracia de Respeito à Lei: entre positivismo e pós-positivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015;

TORRES, Ricardo Lobo, **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**: valores e princípios constitucionais tributários. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005;

_____. "Introdução". In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

TROPER, Michel. "Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist fallacy". In: **I.Con.** Vol.3, Nº 1. 2005. pp.24-38;

_____. "Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto". In: *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*. ano XVIII, n. 1, 1988, p. 61-81. Republicado em: TROPER, Michel. "Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto". In: TROPER, Michel. [1994] **Per una Teoria Giuridica dello Stato**. Napoli: Guida, 1998. pp. 191-214.

VAN CAENEGEM, Raoul C. [1987] **Juízes, Legisladores, Professores**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2010;

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica Jurídica e Derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010;

_____. **Direito e Força**. Uma visão pluridimensional da coação jurídica. São Paulo: Dialética, 2001;

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2004;

VERBETE "PLURALISMO JURÍDICO". IN: ARNAUD, André-Jean. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.585; ver também 585-590;

VIGO, Rodolfo L. [2003] **El iusnaturalismo Actual**. De M. Villey a J. Finnis. México D.F.: Coyoacán, 2007;

VILLA, Vittorio. VILLA, Vittorio. "Neil MacCormick's legal positivism". *In*: BANKOWSKI, Zenon; DEL MAR, Maksymilian. **Law as Institutional Normative Order**. Farnham: Ashgate, 2006;

VILLEY, Michel. [1968] **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. Trad. Bláudia Berliner. São Paulo, Martins Fontes, 2005;

VON WRIGHT, Georg Henrik. "Norms, Truth and Logic". *In*: **Practical Reason**. Blackwell, 1983, pp. 130-209;

_____. **Norm and Action: a logical enquiry**. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1963;

_____. "Deontic Logic". *In*: **Mind**. New Series, v. 60, n. 237, jan., 1951. pp. 1-15;

WAISMANN, Friedrich. "Verifiability". *In*: FLEW, Antony. G. N. (ed.). **Logic and Language** (First Series). Oxford: Basil Blackwell, pp.117-144, 1978;

WALDRON, Jeremy. "Normative (or Ethical) Positivism". *In*: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart's Postscript**. Essays on the Postscript to The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001. pp.410-433;

_____. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999;

_____. **The Dignity of Legislation**. New York: Cambridge University Press, 1999;

WALUCHOW, Wilfrid. **Inclusive Legal Positivism**. New York: Oxford University Press, 2003

_____. "The many faces of legal positivism". *In*: **University of Toronto Law Journal**, vol. XLVIII, 3, 1998. pp.387-449.

WEBER, Max. [1919] “A Ciência como Vocação”. *In*: WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. Trad. Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Editora. Cultrix, 2013. pp. 17-52;

_____. **Ciência e Política**: duas vocações. Trad. Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Editora. Cultrix, 2013;

_____. [1904] “A ‘objetividade’ do conhecimento na ciência social e na ciência política”. *In*: WEBER, Max. **Metodologia das Ciências Sociais**. Parte 1. Trad. Augustin Wernet. 4. ed. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Universidade Estadual de Campinas, 2001. p. 107-154;

_____. **Metodologia das Ciências Sociais**. Parte 1. Trad. Augustin Wernet. 4. ed. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Universidade Estadual de Campinas, 2001;

WILHELM, Walter. **La Metodologia Jurídica en el Siglo XIX**. Trad. Rolf Bethmann. Madrid: EDERSA, 1980

WITTGENSTEIN, Ludwid. [1953] **Investigações Filosóficas**. Trad. M.S.Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008;

WINCH, Peter. [1958] **The Idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy**. London: Routledge, 1990;

WOLFE, Christopher. **Judicial Activism**: bulwark of freedom or precarious security? New York: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997;

_____. **The Rise of Modern Judicial Review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Nova York: Rowman & Littlefield, 1994;

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos para uma nova cultura do direito. 3ed. São Paulo: Alga Ômega, 2001;

WRÓBLEWSKI, Jerzy. “Legal syllogism and rationality of judicial decision”. *In*: **Rechtstheorie**, núm. 5, 1974, págs. 33-46;

WRÓBLEWSKI, Jerzy. "Legal decision and its justification". *In: Lê Raisonement Juridique*: actas del Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social (HUBIEN, H. org.). Bruxelas, 1971, pp. 409-419;

ZAGREBELSKY, Gustavo. [1992] **El Derecho Dúctil**. Ley, derechos y justicia. 8ª ed Tradução de Marina Gáscon. Madrid: Trotta, 2008;

ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio (Comp.). **Horizontes de la Filosofía Del Derecho**. Homenaje a Luis García San Miguel Alcalá de Henares. Alcalá: Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2002;